

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Essai d'une Théorie

DE LA

CHARGE DE LA PREUVE

En matière civile et commerciale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS-SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

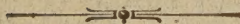
Le Mercredi 20 Avril 1921, à 2 heures

PAR

JEAN THÉVENET

Avocat à la Cour d'Appel

Licencié ès-Lettres



LYON

ANCIENS ÉTABLISSEMENTS LEGENDRE

14, rue Bellecordière, 14

1921

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTE DE DROIT

Essai d'une Théorie

DE LA

CHARGE DE LA PREUVE

En matière civile et commerciale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(ÈS-SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA

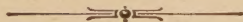
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Mercredi 20 Avril 1921, à 2 heures

PAR

JEAN THÉVENET

*Avocat à la Cour d'Appel
Licencié ès-Lettres*



LYON

ANCIENS ÉTABLISSEMENTS LEGENDRE

14, rue Bellecordière, 14

1921

UNIVERSITE DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

- MM. JOSSERAND, *, I. 🌿, doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, *, I. 🌿, ✕, professeur de Droit criminel,
Correspondant de l'Institut.
APPLETON (Charles), *, I. 🌿, professeur honoraire,
chargé d'un cours de Droit romain.
PIC (Paul), O. *, I. 🌿, professeur de Droit international
public.
APPLETON (Jean), *, I. 🌿, ✕, professeur de Droit adminis-
tratif.
LAMBERT, A. 🌿, professeur d'Histoire générale du
Droit français.
BOUVIER, I. 🌿, professeur de Science financière et de
Législation française des finances.
LAMEIRE, I. 🌿, professeur d'Histoire du Droit public et
de Droit administratif.
HUVELIN, I. 🌿, professeur de Droit romain, assesseur
du doyen.
LÉVY, *, I. 🌿, professeur de Droit civil.
GONNARD, I. 🌿, ✕, professeur d'Histoire des Doctrines
économiques et d'Economie politique.
PICARD, professeur de Droit civil.
ANTONELLI, *, I. 🌿, professeur d'Economie politi-
que.
COHENDY, agrégé, chargé d'un cours de Droit commer-
cial.
PERROUD, professeur de Procédure civile.
BECQ (J.), I. 🌿, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

- | | |
|--------------------------------|-------------|
| M. R. GARRAUD, professeur..... | Président. |
| M. M. PICARD, professeur..... | Assesseurs. |
| M. G. COHENDY, agrégé..... | |

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni im-
pro-
bation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

	Pages
Position du problème. Importance historique	5

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Droit Romain</i>	14
Le <i>sacramentum</i> . — La double preuve. — Les <i>vindicte</i> . — La <i>condictio</i> . — La <i>sponsio</i> . — La procédure formulaire. — La théorie des preuves à l'époque classique.	
CHAPITRE II. — <i>Droit Franc et Coutumes de race</i>	36
La procédure. — L'exception. — Le jugement. — La preuve-avantage (cas particulier de la Loi Salique). — Le serment. — L'ordalie. — Le duel judiciaire	
CHAPITRE III. — <i>Ancien Droit Français</i>	65
Conflit entre les conceptions romaine et germanique de la preuve. — La procédure anglaise. — La doctrine. — La protection possessoire. — La preuve de la négative.	

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le Code civil</i>	79
L'article 1315. — Commentaire. — Le principe de la neutralité du juge. — La doctrine. — Déplacement et décomposition de la preuve. — L'exception. — Les divers degrés de la preuve.	
APPENDICE. — <i>Les Présomptions</i>	96
Étude spéciale de la présomption de chose jugée.	
CHAPITRE II. — <i>La Loi, la Jurisprudence et la Doctrine</i>	101
Exemples d'interprétation par les arrêts du principe de l'article 1315.	
SECTION PREMIERE. — <i>Les Personnes</i> . — Le mariage putatif. — La procédure en divorce. — La présomption de paternité légitime. — Le désaveu. — La filiation naturelle. — La recherche de paternité. — Le nom. — La pension alimentaire. — Les actes de l'état civil (décès, disparition). — Le domicile. — L'absence. — La déchéance de puissance paternelle. — Les incapables. — La rescision pour lésion. — Les aliénés et interdits	107
SECTION II. — <i>Les Biens</i> . — La propriété des accessoires. — La mitoyenneté. — Usufruit et quasi-usufruit. — L'action en bornage. — La possession. — Les servitudes. — La présomption de l'article 2279. — La preuve des droits réels. — Propriété. — Servitudes. — Jurisprudence et doctrine	130

	Pages
SECTION III. — <i>Les Obligations.</i> — Théorie de la volonté. — Conception moderne. — Le cas fortuit et la force majeure. — La clause pénale. — L'action Paulienne. — La contre-lettre. — La présomption de remise de dette. — Les prescriptions abrégées. — La foi due aux actes. — Actes authentiques et sous-seing privé. — Le billet non causé.....	156
SECTION IV. — <i>La Responsabilité.</i> — L'idée de faute. — Faute contractuelle. — Faute délictuelle. — Responsabilité du fait d'autrui — des parents, des instituteurs, des maîtres et commettants. — Responsabilité du fait d'un animal — d'un bâtiment — des choses inanimées. — Théorie du risque. — La loi sur les mines. — La loi du 9 avril 1898. — L'abus du droit. — Diverses applications. — Résiliation du contrat de travail. — L'enrichissement injuste. — Répétition de l'indû. — Action de <i>in rem verso</i>	170
SECTION V. — <i>De quelques Contrats usuels.</i> — Le louage. — Responsabilité du locataire (réparations locatives, incendie). — Louage d'ouvrage. — Responsabilité du constructeur. — Contrat de transport. — Accidents. — Transports marchandises. — Contrat de travail (preuve). — Responsabilité des hôteliers. — Contrats aléatoires (exceptions opposées). — Mandat (présomption).....	188
SECTION VI. — <i>Les Sûretés.</i> — Le cautionnement. — Le privilège du bailleur — de l'ouvrier agricole.....	206
SECTION VII. — <i>Les Régimes matrimoniaux.</i> — Présomption de communauté. — Acquisition d'immeuble. — Dettes de la femme. — Obligation solidaire. — Clause d'apport. — Dissolution de la communauté. — Biens réservés. — Séparation de biens. — Droit d'option de la femme. — Aliénation des propres. — Preuve des reprises. — Régime dotal. — Réception de la dot.....	207
SECTION VIII. — <i>Le Régime successoral.</i> — Ouverture de la succession. — Théorie des comourants. — Viabilité (preuve). — L'envoi en possession. — Le partage. — Fraudes. — Rapport des donations — des dettes. — Résision. — L'acceptation bénéficiaire.....	222
SECTION IX. — <i>Les Dispositions à titre gratuit.</i> — Capacité du disposant. — Cause et condition illicite ou immorale. — Prohibitions de recevoir à titre gratuit. — Donations déguisées — par personne interposée. — Présomptions d'interposition. — Donations entre époux. — Ventes à fonds perdu. — Le testament. — Formes. — Destruction (preuve). — Force probante..	229
CHAPITRE III. — <i>Le Droit commercial</i>	245
Caractères généraux. — Présomption de commercialité. — Brevets. — Dessins et modèles. — Les sociétés par actions. — Nullité. — Faillite. — Titres nominatifs et au porteur (perte ou vol). — Le gage. — La lettre de change. — Acceptation = provision. — Endos irrégulier. — Paiement libératoire. — Perte du titre. — Prescription — Le warrant. — Le chèque. — Le compte courant. — La faillite. — Cessation des paiements. — Période suspecte. — Actes annulables. — Actes nuls. — Reprises de la femme. — Hypothèque légale. — Le concordat. — Le droit maritime.	

CONCLUSION

Du rôle social de l'apparence. — La charge de la preuve dans l'avenir. — Interversions. — Présomptions	277
--	-----

INTRODUCTION

« Tout homme, écrit Ihering non sans noblesse, est un lutteur né pour le Droit, dans l'intérêt de la société. » Il ajoute : « Les règles de Droit n'ont de valeur que par leur réalisation pratique. Sans lutte, point de Droit, comme, sans travail, point de propriété. » Mais un droit, dans une société organisée, ne peut s'affirmer et s'imposer à autrui que s'il est étayé d'arguments propres à en justifier l'existence, à légitimer cette sorte d'empiètement d'un seul sur la liberté commune, en un mot, s'il est prouvé. Juridiquement, on regarde donc comme certain ce qui est établi selon les formes légales ou qui est présumé tel par la Loi, et cela seulement. Car, remarquait déjà d'Aguesseau, « la plupart des vérités qui sont la matière des questions de fait ne sont pas des vérités naturelles et immuables, mais des vérités arbitraires, dépendant de l'inconstance de la volonté des hommes ; et, comme elles sont incertaines par leur nature, les preuves sur lesquelles elles sont fondées ne peuvent jamais avoir ce caractère de fermeté et d'évidence, capable de produire une conviction entière et de former une démonstration parfaite ».

On voit par là l'importance sociale de la Preuve, qui n'est autre que l'ensemble des procédés légaux destinés à atteindre (ou à approcher) la certitude juridique, le moyen de « réaliser », de « mobiliser » le Droit. Ce contrôle de l'opinion, l'homme primitif ne l'admet pas sans répugnance. Il dit : Ceci est à moi (*Aio hanc rem esse meam*), sans comprendre la

nécessité de prouver le droit ainsi affirmé. Le geste du bras qui saisit la *hasta*, symbolique ou non, est encore pour lui la meilleure des preuves. C'est seulement du jour où un homme, investi par la consécration divine ou la confiance publique d'un pouvoir supérieur, s'est vu attribuer la solution pacifique des litiges ; du jour où il a pu faire lâcher prise aux deux adversaires prêts à combattre, en prononçant le fameux *Mittite ambo hominem*, où l'on a cessé de s'en remettre au jugement d'une Divinité *scrutans renes et corda*, devant qui il n'était pas nécessaire d'établir la justice de sa cause, que la Preuve a fait son apparition dans le Droit. Là où c'est l'homme qui juge, la nécessité d'une preuve se fait jour ; car les droits ne sont pas clairs, ils sont complexes comme les rapports sociaux, même les plus rudimentaires, et leur origine religieuse les entoure d'un rituel compliqué.

A l'origine, la Preuve sera double, imposée au demandeur et au défendeur tout ensemble, si tant est que les deux adversaires en présence aient une physionomie bien tranchée. L'un et l'autre devront énoncer et justifier leurs prétentions contradictoires, en présence de l'attitude passive du magistrat. C'est le système des Actions de la Loi, de la vieille *reivindicatio per sacramentum*. Puis, la société s'organisant et le magistrat, représentant du pouvoir public, acquérant plus de hardiesse, demandeur et défendeur seront des personnages désormais distincts, et la Preuve incombera tout à tour à l'un ou à l'autre, suivant qu'on y verra un avantage ou un fardeau. Dans les Coutumes de race germanique, et dans le Droit franc qui en est issu, triomphe l'idée du bien-fait de la Preuve. Elle se fait jour quand les modes de preuve sont nettement classés, catalogués, réduits en formules. D'où il suit que la Preuve (serment) est

non plus une charge, mais un bénéfice accordé au défendeur. C'est sur ce dernier, d'ailleurs, que pèsent les soupçons — car le Droit civil est encore coulé dans le moule du Droit pénal — et, d'autre part, le contrôle de l'opinion publique est le meilleur garant des prétentions du demandeur.

Peut-être en fut-il de même dans le très ancien Droit romain, au moins pour la période qui nous est inconnue. Mais de très bonne heure, à Rome, au sein d'une société plus organisée et plus stable, l'idée d'une protection de l'ordre établi se fait jour. C'est l'origine des Interdits et aussi de la conception romaine de la Preuve-fardeau. Désormais la Preuve sera imposée à celui-là seul qui, par son intervention, vient troubler le statu quo, à « celui contre qui l'apparence existe », c'est-à-dire au demandeur (*Probatio incumbit actori*). A l'inverse, quand celui-ci a pu faire sa preuve, si le défendeur veut répliquer par la voie de l'*exceptio*, c'est à lui de combattre l'apparence élevée contre lui (*Reus in excipiendo fit actor*). C'est ce principe, établi dès les débuts de la procédure formulaire, et jamais modifié par la suite, qui a passé chez nos anciens auteurs, et, de là, dans l'article 1315 de notre Code civil.

Enfin, dans une troisième étape, le pouvoir social, de plus en plus enhardi et fortifié, s'arroe le droit de suppléer lui-même la Preuve, dans certains cas particuliers qui intéressent l'ordre public. C'est le système des Présomptions. Ainsi, dans l'histoire de la famille, la présomption de légitimité de l'enfant succède à sa libre acceptation par le père. Cette évolution n'est rien moins qu'une curiosité historique. Elle a trouvé un renfort dans la théorie du Risque, et nos lois les plus récentes sur les genres de contrats les plus modernes, comme le contrat de transport

ou le contrat de travail, suffiraient à montrer qu'elle est loin d'être close.

Cette progression continue nous explique pourquoi la Preuve a pu recouvrir les divers droits qu'elle façonnait et clarifiait aux yeux du juge, au point que certaines législations n'ont plus aperçu qu'elle dans le Droit. C'est le cas des législations primitives, où une sorte de réaction se produit contre les droits non prouvés : conséquence du rôle très restreint et singulièrement timide du magistrat, à qui l'on doit présenter, pour ainsi dire, la tâche toute faite. D'une manière générale, le développement du système de Preuve marche à l'inverse de l'introduction de l'équité dans le Droit. Or, la grande porte ouverte à l'équité, au sens anglais du mot, c'est précisément l'augmentation des pouvoirs du juge, son autonomie de plus en plus complète, comme Blüntschi le notait déjà dans son projet de Code du canton de Zurich. Les Droits fondés sur la lettre (Droit romain primitif, Coutumes germaniques et anglo-normandes, Droit anglo-américain d'aujourd'hui) font à la procédure de Preuve une place beaucoup plus large que les Droits fondés sur l'esprit (jurisprudence prétorienne, Droits allemand et suisse, et, à un moindre degré, Droit français). Par là s'explique la réglementation minutieuse du système des preuves dans les premiers et sa condensation en quelques formules simples dans les seconds. Pour ceux-là, le Droit vaut par la manière dont il est prouvé ; pour ceux-ci, il vaut surtout par lui-même, et là se reconnaît l'action de la jurisprudence, cette force mouvante et souple comme la vie même, reflet des exigences sociales de chaque époque, qui, du préteur romain à nos tribunaux modernes, a travaillé sans relâche et non sans succès à humaniser, à moderniser le Droit.

Tel est le sens profond de cette procédure de

Preuve, qu'on examine trop souvent par son côté technique et abstrait. Idées bien vagues et bien générales, sans doute, que nous n'avons pu qu'esquisser à grands traits, et dont chacune fournirait la matière de longs développements. Mais peut-être contribueront-elles à éclairer d'un jour nouveau cette question, en apparence simple, de la charge de la Preuve, que nous nous proposons de traiter ici. Puissent les maîtres éminents dont les conseils et les travaux nous ont maintes fois guidé dans cette tâche, y trouver, avec le reflet de leurs idées, le témoignage de notre profonde reconnaissance.

PREMIÈRE PARTIE

De ce que nous venons de dire, il résulte que l'Histoire doit, en cette matière peut-être plus qu'en toute autre, nous guider et nous éclairer. C'est, sans doute, une vérité quelque peu simpliste, mais ce n'est pas un paradoxe, d'affirmer que, pour les civilisations jeunes, le Droit n'est autre chose que la procédure, et que la procédure elle-même se confond souvent avec l'administration de la Preuve. Ici, plus qu'ailleurs, *forma dat esse rei*. Cette impuissance des primitifs à concevoir un Droit *statique* dégagé de ses moyens d'action, des règles, des recettes empiriques qui le mobilisent, a été souvent signalée. Elle est une nécessité pour des esprits encore neufs, sur lesquels l'idée abstraite ne peut se fixer qu'en se concrétisant. Le Droit civil et la procédure civile font donc un, si tant est qu'on puisse séparer celle-ci de la procédure criminelle. Ceci nous explique précisément les inversions touchant la charge de la Preuve, dans les Droits populaires d'origine germanique, et la prédominance universelle de l'ordalie, où le rôle passif est joué ordinairement par le seul défendeur. Cette importance donnée aux règles de forme est précisément un des traits caractéristiques du Droit anglais, celui qui opposa la résistance la plus opiniâtre à la vague d'assaut livrée par le Droit romain aux différents Droits coutumiers, dans toute l'Europe occidentale. C'est une idée tout à fait moderne outre-

Manche, de grouper les règles de fond sous le nom de *Substantial law*, en laissant aux règles de forme le nom un peu dédaigneux d'*Adjective law*. Cette terminologie anglaise intervertit les rapports historiques du fond du Droit et de la procédure. « La procédure, dit M. Lambert, n'est pas une excroissance parasitaire du Droit, mais c'est, au contraire le Droit qui naît de la procédure. C'est par elle que le Droit se transforme en une série de normes immuables. Elle n'est autre chose qu'une suite de moules, dans lesquels le Droit se coule pour obtenir la consécration judiciaire ».

Ce ne sont pas là des idées propres aux Romains de l'époque primitive, idées formulées dans l'axiome célèbre : « Pas d'action, pas de droit ». Il s'agit d'une idée générale, un de ces phénomènes *cruciaux* que Bacon représente jalonnant à intervalles les routes de la pensée. Quand Bracton la reproduit dans son *Tractatus de legibus Anglie* (1250-1256), parmi les multiples emprunts qu'il fait au glossateur Aso — romanisation toute de surface, encore incomprise et mal assimilée — il est loin de faire œuvre originale. C'est précisément parce que le Droit ne nous est parvenu que par le canal de l'action, qu'il présente ce caractère étrange et contourné, ces procédés techniques, ces recettes empiriques, ce langage un peu déconcertant, qu'il a conservés jusqu'à nos jours. Ces particularités s'expliquent par le mécanisme de l'action, dans laquelle le Droit a dû se modeler. Les plus anciens Coutumiers, qu'il s'agisse des XII Tables ou de la Loi Salique, ne sont pas des livres de fond, mais des recueils de procédure.

La Preuve, aux différentes époques, a employé des moyens fort dissemblables, que nous ne pouvons songer à décrire successivement dans leur détail.

Peut-être sera-t-il possible, par contre, d'esquisser à grands traits le caractère commun de chacun de ces groupes de preuves, tant dans sa consistance que dans ses causes.

C'est tout d'abord un état d'absence de preuves qui règne. M. de la Grasserie l'appelle l'état préjuridique. C'est la période de la justice privée. Chacun est à soi-même son propre juge. Pour cela, point n'est besoin de preuves : l'individu sait ou croit qu'il est dans son droit. Dans les sociétés peu organisées, le titulaire d'un droit ne peut guère le défendre que par la force, la sienne propre, ou celle de ses parents et amis. La violence est la première solution du Droit ; mais elle ne devient un moyen, et non une fin, que si la société intervient pour la régulariser, la canaliser, la limiter. Aussi la Preuve, si preuve il y a, est purement unilatérale. L'offense, le dommage, dont personne n'a été le témoin que la victime, lui donnent droit à la réparation. Comme dans le chœur d'Eschyle, celui qui sème la violence récolte la haine, qui n'est autre que l'exercice de la légitime défense, si elle est immédiate, ou la vengeance, si elle est différée. C'est là le point de départ. On peut comparer le primitif, sous ce rapport, à l'enfant ou même à l'animal. Ceux-ci ne répondent à l'attaque que par la riposte, véritable mouvement réflexe. Point de juge commun, doué d'un pouvoir souverain d'arbitrage. Plus tard, l'injure appelle le duel privé. Point d'arbitre, des témoins seulement, qui ne sont pas des spectateurs inertes, mais des aides qui bataillent aux côtés des champions, en attendant qu'ils soient réduits au rôle moins belliqueux de cojureurs. La force prime le Droit, en ce sens qu'elle le précède partout.

Mais il se peut que l'homme attaqué soit plus faible que son agresseur, ou que son groupe refuse de

prendre fait et cause pour lui. Alors la victime peut appeler la ruse à son aide contre la violence, et s'entendre avec les forces magiques qui lui prêteront leur appui. Inutile de s'étendre, après les savantes études de M. Huvelin, sur l'importance de ce rite occulte, détourné de son sens, qu'est la Magie, force par laquelle l'individu dérive, monopolise à son profit l'action des esprits, en utilisant les liens de solidarité ou d'hostilité mystérieux qui existent entre les choses et les hommes. En prononçant certaines paroles, en frappant, en perçant d'aiguilles l'image de son ennemi ou un objet qui lui appartient, la victime le fera périr peu à peu. Donc, à cette époque primitive, il y a en réalité une double preuve : celle de la force opposée à la force, et celle de la ruse basée sur l'incantation magique. Seulement, il ne s'agit pas alors de Preuve proprement dite, isolée de la détermination et de la sanction du Droit. Le tout est encore mêlé et s'accomplit en même temps. En administrant sa preuve, on inflige à l'adversaire son châtiment.

La seconde période est celle de la Preuve divine ou religieuse. On ne force plus les puissances, ni la partie adverse, par la contrainte des mots ou des gestes. Les deux moyens existent encore, sans doute; mais ils ne sont plus un bloc où se mêlent la preuve et la sanction : ils sont déjà, au sens moderne du mot, un moyen de preuve. Les deux parties ont recours à l'intervention d'un être supérieur, cette fois doué de volonté libre : la Divinité qui sent et qui pense. C'est elle qui décidera, suivant que la preuve sera faite par le combat, discipliné, régularisé, devenu le duel judiciaire, ou par cette demi-magie, ce jugement de Dieu qui émane pacifiquement de l'ordalie. La lutte n'est plus sans garantie : elle est soumise à des règles d'équité, de loyauté

(*in præsentia populi*, sans le secours d'annulettes magiques. Ed. de Rotharis, ch. 368), pour que la Divinité puisse, par la victoire, prouver le titulaire du juste droit. Quant à l'ordalie et au serment, c'est un autre appel à la justice divine, laissé parfois à l'initiative des parties, le plus souvent réglementé par la coutume. Par là s'explique le fait que, chez les peuples primitifs, notamment chez les Germains, c'était au défendeur à fournir la preuve. C'est que, le Droit ayant alors, comme on l'a dit, un caractère divin ou social, il fallait avoir pour soi les dieux ou le groupe.

La troisième période est celle de la Preuve proprement humaine. De plus en plus, elle devient distincte de la détermination et de la sanction. Elle a conservé néanmoins des vestiges de la preuve divine : l'appel à Dieu s'est maintenu d'une manière sporadique dans le serment. Mais, le fait essentiel, c'est que la violence est définitivement éliminée en tant que preuve, entraînant avec elle les derniers restes de sanction. Le corps social, qui était intervenu d'abord d'une façon diffuse, en encourageant l'individu lésé, en lui fournissant un concours moral et parfois matériel, finit par lui ôter le droit de se faire justice à soi-même. C'est la justice publique ou sociale, s'exerçant par le ministère exclusif d'un organe social spécialisé, qui succède à la vieille justice privée, où la conscience collective du milieu ne transparaissait que d'une manière vague — avec, entre ces deux pôles opposés, l'infinie diversité des stades intermédiaires et des formes d'arbitrage. Mais le service demandé se paie cher. La société, en prêtant son concours, fait sentir vivement sa supériorité. « Elle soumet tout à des conditions rigoureuses, impératives, s'occupe plus de l'ordre extérieur que de l'ordre intime, du social que de

l'individuel. » Ce n'est d'ailleurs qu'après de longs tâtonnements, qu'apparaît le Droit scientifique en matière de Preuve. Ses premiers linéaments, ébauchés dans le Droit prétorien à Rome, dans l'*equity* opposée au *common-law* en Angleterre, se précisent sous nos yeux dans la jurisprudence française. Ainsi, trois périodes : absence de preuves, preuves divines, preuves humaines, et, dans chacune, la triple évolution par quoi se manifeste la pensée juridique universelle : violence, formalisme, équité enfin et bonne foi.

CHAPITRE PREMIER

Droit Romain.

Aux premiers siècles de Rome, la procédure n'est encore que la consécration de la justice privée, sous certaines restrictions qui la canalisent. Dans la procédure de la *legis actio*, l'initiative du titulaire du droit à sanctionner est encore prépondérante : le magistrat n'a qu'un rôle secondaire.

C'est dans la *vindicatio per sacramentum*, qui en est le type le mieux fixé et le moins flou, que nous voyons se dessiner la question de la preuve préalable. Le volé poursuit le voleur pour se venger, au moyen de la *manus injectio* ; mais le prétendu voleur pouvait contester le droit de propriété du volé. Il y avait là un débat préliminaire à trancher, qui, primitivement, ressortissait à la justice privée, et, sans doute (le rituel symbolique et verbal de l'action en est une évidente survivance) au duel judiciaire. Mais, lorsque la société fut mieux organisée, le magistrat, représentant le pouvoir social, intervint pour obliger les parties à s'en remettre à un arbitre. Aux temps historiques, la procédure s'étant laïcisée, elles se sont bornées à faire un pari, et à faire trancher la question par un juré. En même temps, la procédure *per sacramentum*, qui n'était jusque là qu'un procédé de répression du vol, a dû s'en détacher pour devenir indépendante. L'institution des *prædes litis et vindiciarum*, celle de la *litis æstimatio*, ont fourni à celui qui avait démontré

son droit de propriété le droit de se faire remettre la chose en mains. La question de propriété se posait donc en même temps que la question de vol, et la Preuve, suivant l'évolution que nous avons signalée, se sépara de la sanction.

On sait comment se déroulait l'action, véritable petit drame en quatre actes, où se retrouvaient, symboliquement figurées par l'apposition de la *festuca*, les péripéties du combat ancien. La procédure débute par l'affirmation, faite par les deux plaideurs, de leurs prétentions contraires, en termes identiques et solennels, accompagnée de l'appréhension de la chose litigieuse. Le magistrat intervient alors (*Mittite ambo hominem*). Puis vient la prestation réciproque d'un serment, accompagnée d'une consignation que chaque partie s'engage à verser, au cas où elle perdrait son procès. Enfin, la sentence arbitrale termine le litige.

Une question nous intéresse plus particulièrement : celle de la possession intérimaire. Son attribution peut être réglée (il en fut sans doute ainsi à l'origine) par l'accord des parties ; mais, à défaut, le magistrat, dont le rôle tend toujours à s'accroître, attribuera à l'une d'elles la chose litigieuse (*lis*) avec sa jouissance et ses accessoires (*vindicicæ*), en imposant au possesseur intérimaire l'obligation de fournir caution. C'est dans l'attribution des *vindicicæ* que se pose pour la première fois la question de Preuve, au sens que nous attachons à ce mot. Car la *vindicatio* et la *contravindicatio* sont deux prétentions identiques, concomitantes, qui ne suffisent pas à donner aux deux adversaires une physionomie bien tranchée, celle de demandeur ou de défendeur. C'était au prêteur à examiner les preuves fournies par les parties, pour attribuer la possession provisoire à l'une ou à l'autre. Le faisait-il suivant des

règles fixes ? La question de la charge de la Preuve apparaît ici pour la première fois. Certains auteurs estiment qu'il ne les accordait pas à l'un quelconque des plaideurs, mais seulement, après enquête, à celui dont le droit paraissait le plus favorable, et que cette possession se transformait en un droit définitif, si l'adversaire ne faisait pas la preuve de sa propriété.

D'autres auteurs (notamment M. E. Lévy) sont d'un avis opposé. Pour eux, « la vieille idée d'après laquelle cette attribution des *vindicæ* aurait influé sur le rôle des parties et le fardeau de la Preuve, est maintenant abandonnée d'une façon à peu près générale. » Il leur paraît plus douteux encore que cette attribution fût précédée de recherches sur le fond du droit. A l'appui de cette thèse, on invoque le caractère des actions de la loi, encore fortement teintées de justice privée, le rôle purement passif de surveillance, de régularisation, pour ainsi dire, qu'y joue le magistrat. Selon les auteurs précédents, au contraire, il serait intervenu afin de trancher par anticipation la question de droit.

Nous arrivons ainsi à la question qui nous intéresse directement : Quelle était la preuve à fournir pour triompher, dans la revendication *per sacramentum* ? Suffisait-il à l'une des parties (le défendeur moderne) de nier le droit invoqué par son adversaire ? Devait-elle faire, au contraire, la preuve de son propre droit ? « En d'autres termes, le juge devait-il apprécier d'une façon indépendante et à un point de vue absolu la situation de l'une des parties nommée aujourd'hui demanderesse, ou bien devait-il comparer les situations respectives de l'une et de l'autre ? » Pour résumer le problème *in abstracto*, dans un langage plus juridique, appliquait-on dans sa rigueur à la revendication *per sacra-*

mentum le principe que la preuve incombe au demandeur, à celui qui tente de modifier une situation acquise, une apparence légitime (*Actori incumbit probatio*) ?

« Il est certain pour moi, répond M. Lévy, dont je résume ici l'argumentation très séduisante, qu'il s'agissait dans cette procédure d'apprécier un rapport, et que, par conséquent, la preuve d'un droit absolu était inutile. Il suffisait de démontrer qu'on avait un droit plus fort que son adversaire. Et chacune des parties devait faire sa preuve, sous peine de succomber. Il n'y avait, en un mot, ni demandeur, ni défendeur. »

Sans doute, au début de la procédure, le revendiquant, le demandeur, affirme son droit, d'une façon absolue et énergique (*Hunc ego hominem, ex jure Quiritium, meum esse aio*). Mais l'action ne se lie que si l'adversaire, le défendeur, affirme à son tour son droit, d'une manière aussi absolue, en termes identiques ; sinon, il est *confessus*, assimilé au champion qui abandonne la lutte sans rendre coup pour coup, *vindicatio* pour *vindicatio*. Quel était le but de l'instance ? Précisément de comparer ces deux prétentions inconciliables puisque opposées, de décider laquelle devait l'emporter sur l'autre. Elles étaient toutes deux parfaitement valables et efficaces en elles-mêmes. La formule rituelle n'était pas l'expression d'une requête au pouvoir social, l'offre faite par une partie de prouver son droit sur la chose : elle est une déclaration de volonté qui se suffit à elle-même, qui se passe d'approbation, accompagnée de l'apposition de la *festuca*, innocent emblème de la lance. Les auteurs la comparent avec celle, identique, usitée dans la *mancipatio*. Dans les deux cas, l'individu « ne demande ni protection, ni jugement : il affirme, il exécute son

droit, il agit, il est *actor* ». Le rôle du magistrat est précisément d'intervenir au milieu de ce duel, en imposant aux adversaires un arbitrage légal.

Ainsi, à la naissance de l'action, affirmation de droits également forts, également respectables, également absolus, puisque énoncés en la forme légale (*Jure peregi*). Alors, changeant son plan d'attaque, le revendiquant lui-même conteste la légitimité de la prétention adverse, en des formes également absolues (*Quando tu injuria vindicaveris*). Décider lequel a revendiqué sans droit sera précisément l'office du juge. *Vindicatio* et *contravindicatio* s'équilibrent, ou plutôt il semble qu'on les tienne en égale suspicion (*Mittite ambo hominem*). Donc, au moment où le procès s'ouvre, il n'y a pas de possesseurs, mais seulement deux individus qui se reprochent mutuellement une usurpation. C'est le magistrat qui, jusqu'à l'attribution des *vindiciæ*, est le véritable possesseur intérimaire, puisqu'il a fait lâcher la chose. Il ne peut être question de décider si l'un des adversaires restera en possession, ou s'il devra céder la place à l'autre (1).

On sait qu'après la première Guerre Punique, le

(1) Il est vrai que, pour certains auteurs, l'un des plaideurs serait en possession : celui, dit-on, qui obtenait les *vindiciæ*, ou, mieux encore, le revendiquant lui-même. On réfute la première idée, toujours à raison du rôle singulièrement effacé que joue le magistrat dans la *legis actio*. Lui accorder le droit de rompre l'égalité primitive des deux plaideurs, de faire l'un demandeur et l'autre défendeur, serait lui permettre d'agir d'une manière indirecte sur le fond du procès.

L'autre système, qui est celui de Bechmann, attribue au revendiquant le rôle de possesseur, de défendeur à l'instance. Ce serait lui, bien plus que son adversaire ou le préteur, qui jouerait le rôle vraiment actif. La *legis actio* (*agere*) ne serait autre que la poursuite par le demandeur de son droit. S'il prononce *in jure* la formule rituelle, c'est précisément pour l'affirmer et provoquer les prétentions adverses, faute desquel-

développement du commerce et de la civilisation romaine firent apparaître singulièrement longue, coûteuse et compliquée, la vieille procédure du

les le magistrat lui adjugera la chose. Il ne pourrait en être autrement, puisque l'adversaire ne prouve pas son droit. Le juge, d'ailleurs, ne se prononce pas sur deux affirmations contradictoires. Là *vindicatio* étant supposée vraie, il n'examine que la *contravindicatio*. Le pari est unique (*Quando tu injuria vindicavisti*) et c'est sur lui seul que porte la sentence.

À l'encontre de cette théorie, les auteurs les plus modernes n'hésitent pas à affirmer le dualisme de l'action. La *vindicatio* suppose une *contravindicatio*. Elle ne peut exister sans celle-ci, faute de quoi le procès ne sera pas lié. Sans doute, en l'absence de toute prétention adverse, le revendiquant reste maître de la *lis* ; mais, aussitôt que l'adversaire entre en champ clos, que la *contravindicatio* est prononcée, le préteur enjoint aux deux parties d'abandonner la chose. Il n'y a plus de maître, mais seulement, après l'attribution des *vindicie*, un possesseur intérimaire, un *possessor*, pour employer le langage de Gaius, toute trace de la possession primitive étant abolie.

Cela se conçoit aisément, car le possesseur primitif n'était autre que l'agresseur, qui doit amener devant le magistrat, par force ou par ruse, la chose dont il se dit propriétaire. Les textes eux-mêmes insistent sur le caractère double de l'action et sur la nécessité pour chaque partie de prouver son droit. « Partout parallélisme, symétrie dans les affirmations, dans les provocations, dans les questions, dans le *sacramentum* ». Et ceci est d'autant plus vrai qu'il n'y a pas nécessairement un *sacramentum justum* et un *sacramentum injustum*. Les deux peuvent être *injusta*. Donc, on n'attache pas, *a priori*, une créance plus forte à l'affirmation de l'une ou de l'autre des parties, puisque l'une et l'autre sont tenues d'apporter leur preuve.

Quant à l'appréciation et à la comparaison des moyens employés, Ihering suppose que « le juge romain, moins esclave de la théorie rigoureuse des Preuves, pesait et comparait la vraisemblance des deux *causæ* ; il demandait aux auteurs respectifs des parties, amenés devant lui, comment ils avaient obtenu la chose. Nul doute que, régulièrement, cette recherche ne lui fit découvrir la vérité, c'est-à-dire qui avait soustrait la chose litigieuse. Mais, alors même que le demandeur n'aurait abouti qu'à démontrer que le défendeur mentait, il lui suffisait de prouver à moitié sa *causa* pour avoir le bénéfice de la preuve complète. Du moment qu'il prouvait avoir acheté, tan-

sacramentum. Ce changement de vie et de mœurs, cette substitution de l'économie commerciale à l'économie agricole, eurent pour conséquence un assouplissement, une mobilisation du Droit. D'où la création d'une *legis actio* nouvelle, la *Condictio*, œuvre des lois Silia et Calpurnia. A vrai dire, la réforme fut moins une innovation qu'un perfectionnement, une étape d'une longue évolution, dont le point de départ fut la *judicis postulatio* et l'aboutissant la loi *Æbutia*. Cette procédure se caractérise par une sommation (*condicere* signifie *denuntiare*, d'après Gaius, IV, 8), et ceci est essentiel en ce qui nous occupe, car l'assignation devant le magistrat, adressée par l'une des parties à l'autre, a pour effet de donner à toutes deux une situation nettement définie. Désormais, il n'y a plus deux protagonistes copiant leurs gestes et répétant leurs paroles, comme la strophe et l'antistrophe du chœur hellénique : il y a un demandeur et un défendeur.

L'institution type de la nouvelle procédure, le *jusjurandum necessarium* (qui se retrouve dans les deux sortes de *condictio* : *certæ pecuniæ* et *certæ rei*), est significative à cet égard. Elle existait, au témoignage de Plaute, dès la seconde moitié du VI^e siècle.

dis que le défendeur ou ses auteurs ne pouvaient justifier de leur possession, tout doute devait disparaître de l'esprit du juge sur le point de savoir si les auteurs du demandeur et leurs auteurs avaient eu réellement la propriété ». Il semble donc que, loin de supposer *justum* le *sacramentum* du possesseur de la chose litigieuse, le magistrat considère les deux *sacramenta* comme *injusta*. Et cela se conçoit en quelque sorte ; car le droit du défendeur apparaît mal fondé, puisqu'un étranger a pu mettre la main sur la chose, et, d'autre part, le droit du demandeur se révèle bien précaire, puisqu'il n'est fondé que sur la force ou la ruse. D'où l'intervention du prêteur, le *Mittite ambo* ; d'où encore l'exigence, un peu compliquée sans doute, mais qui répond bien au formalisme juridique de l'époque, de la double preuve.

Désormais, le demandeur peut déférer au défendeur un serment relatif au bien fondé de sa défense. Le défendeur peut, soit jurer qu'il ne doit rien, soit référer le serment. Dans le premier cas, la preuve est faite, et le demandeur est débouté. Dans le second, le défendeur peut poser au demandeur la même question, en sens inverse — vestige probable du parallélisme primitif. Si le demandeur jure, la preuve de la créance est faite. Enfin, si le demandeur refuse de prêter le serment qui lui est référé, le défendeur est libéré. L'issue du procès dépend donc uniquement de la prestation ou de la non-prestation d'un serment déféré d'abord au défendeur, pratique que nous retrouverons dans les Coutumes germaniques. C'est encore un recours aux dieux, qui rappelle le serment prêté dans le *sacramentum* : le Droit ne s'est pas encore laïcisé. Mais, à notre point de vue, on remarque entre les deux institutions des différences importantes. Car la prestation du serment, acte nécessaire de la procédure *per sacramentum*, n'existe dans la *condictio* que si le demandeur veut employer ce moyen de preuve ; surtout, elle ne s'impose qu'au seul défendeur. Ensuite, dans le *sacramentum*, les deux parties prêtaient serment à la fois. Dans la *condictio*, une seule prêtait serment, car il n'y avait qu'une créance qui eût besoin d'être prouvée. Enfin, dans le *sacramentum*, le serment liait l'instance ; alors que, dans la *condictio*, il tranche le débat, ce qui en fait bien une preuve, au sens moderne du mot.

Mais l'idée de la Preuve-avantage — idée qui fait le fond des règles coutumières germaniques — est encore en lutte avec l'idée proprement romaine de la Preuve-fardeau. C'est cette dernière, jamais modifiée depuis, qui triomphera avec la jurisprudence prétorienne et la procédure formulaire. L'esprit pra-

tique des Romains, la pénétration graduelle de l'équité dans le Droit, les conduiront à ce principe admis universellement aujourd'hui, que toute situation acquise, toute apparence légitime, doit être protégée contre les entreprises du dehors. Dans une société plus évoluée, la conception ancienne du *Faustrecht* est nécessairement en recul. De même que les Interdits viennent protéger envers et contre tous la possession acquise, parce qu'elle est couverte d'une présomption de légitimité, parce qu'elle est, d'autre part, un ouvrage avancé de la propriété ; de même la Preuve, loin d'être un avantage, deviendra une charge imposée à qui veut troubler une situation existante. « Il est certain, en effet, que quiconque prétend à un droit contre autrui, que quiconque veut accomplir un acte qui diminue le champ de liberté de son prochain, doit montrer un titre qui le lui permette. Il y a là une sorte de principe constitutionnel : *Actori incumbit probatio*.

Le principe apparaît déjà avec netteté dans la procédure de la *Sponsio*, cette création des praticiens, qui vint alléger et perfectionner l'antique *sacramentum*. Dans celui-ci, deux serments étaient échangés entre les parties, toutes deux prétendant avoir le droit pour elle. Ici, le dépôt consacré d'autrefois se transforme en un simple enjeu au profit de la partie adverse. C'est l'argument du pari. Le défendeur promettait de payer au demandeur telle somme déterminée, si celui-ci pouvait prouver sa prétention. S'il y a demande reconventionnelle, chacune des parties, étant à la fois demanderesse et défenderesse, doit s'exécuter, suivant les formes du contrat. La question soumise au juré est précisément celle de savoir si le défendeur a gagné son pari ou non — par suite, s'il peut réclamer à son adversaire le montant de la *sponsio*.

On voit l'intérêt, au point de vue de la Preuve, d'une pareille simplification. Il se manifeste avec évidence dans les actions réelles (puisque, dans les actions personnelles, on a la ressource de la *condictio*), et dans les Interdits.

Dans les actions réelles, d'abord, la *sponsio* présente le grand avantage de fonctionner comme une procédure simple. Plus rien du dualisme primitif. Dans le *sacramentum*, chaque plaideur se prétendait propriétaire de la chose litigieuse et affirmait son droit dans une formule rituelle, conçue en termes identiques. Il y avait, comme nous l'avons vu, deux demandeurs et deux défendeurs — ou plutôt, il n'y avait ni demandeur, ni défendeur. Chacun des deux plaideurs devait prouver son droit de la même manière, et il pouvait arriver qu'aucun des deux ne prouvât son droit, les deux *sacramenta* étant proclamés *injusta*. Dans la procédure *per sponsionem*, au contraire, il n'y a qu'un droit à prouver : celui du demandeur. Le défendeur n'a rien à prouver, et il sera maintenu en possession si le demandeur ne prouve pas son droit. Même, il n'aura pas à verser le montant du pari. C'est lui qui gardera la possession provisoire, premier noyau des avantages qui s'attachent à une situation désormais privilégiée : donc, plus de *vindicte*. Il s'agira de savoir qui est possesseur, c'est-à-dire qui peut invoquer les interdits possessoires. Les Interdits, ce moyen de défense nouveau qui repousse la demande par la voie de l'exception préjudicielle, sont précisément l'apanage du défendeur.

L'évolution s'accroît et se précise avec la procédure formulaire. Elle transparaît jusque dans la terminologie juridique. Demandeur et défendeur vont devenir deux personnages stéréotypés, deux *personæ* violemment contrastés de cette atellane

sérieuse et bien romaine qu'est l'audience. Aulus Agerius, Numerius Negidius ont chacun leur rôle propre, comme le Richard Doë et le John Roë de la procédure anglaise. L'un se contente de nier. A l'autre, par suite, de prouver ce qu'il avance. La rédaction même de la formule : *Si paret...* le montre. Le petit programme né de la *condictio*, qui donnait seulement au juré la mission de condamner le défendeur (*Quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, N^m. N^m. A°. A°. condemna*), a fini par lui conférer le pouvoir conditionnel de l'absoudre, réservant ainsi le cas, assez fréquent dans la pratique, où le demandeur ne pouvait apporter sa preuve (*Si paret..., judex, N^m. N^m. A°. A°. condemna. Si non paret, absolvito*) (1).

La grande innovation, c'est qu'il n'y a plus désormais qu'un demandeur, qui justifie sa prétention, comme auparavant, par son titre. Il n'y a plus ni *vindicatio*, ni *contravindicatio*. Leur utilité a disparu. C'étaient depuis longtemps de vains gestes, des fossiles de la procédure, qu'on relègue dans ce qu'on appelle les *informes*, les libres explications devant le prêteur.

La véritable réforme remonte aux Interdits. Grâce à eux, il y a dorénavant un possesseur et un demandeur dépossédé. Cela, d'ailleurs, n'empêchait pas l'action d'être un *judicium duplex*, mais seulement au fond. Dans la forme, la dualité primitive

(1) Sans doute, l'esprit conservateur des Romains les empêcha de supprimer la *legis actio*. On s'en tira par un expédient. On supposa une *legis actio* fictive, et on feignit de croire que le *sacramentum* avait eu lieu. On sait que ce pouvoir nouveau de rendre des jugements fictifs fut conféré au prêteur par l'énigmatique loi *Æbutia*, dont on a peut-être exagéré l'importance, en lui attribuant une valeur absolument novatrice. « Les modes d'acquérir sont restés, et de même le droit qu'ils créent. Comment leur valeur juridique aurait-elle changé ? »

a disparu. Le prêteur, lorsqu'il accorde l'interdit, use de ses pouvoirs de police : il entend protéger celui qui possède sous certaines conditions (*nec vi, nec clam, nec precario*). Il intervient en dehors de tout procès sur le fond, alors qu'autrefois il intervenait à propos d'une revendication. Simple évolution de forme : le possesseur, à qui incombait l'obligation de fournir les *prædes litis et vindiciarum*, doit maintenant donner la *cautio judicatum solvi*. Mais la possession provisoire lui est acquise de droit, à raison de sa qualité de défendeur.

D'autre part, le *Si paret* de l'*Intentio* formulaire est une simple transposition du *Hunc ego hominem* du *Sacramentum*. Mais le défendeur n'a rien de tel à dire. Sans doute, il doit quand même, au fond, *contravindicare*, se défendre en un mot ; car, s'il ne le fait pas, s'il n'oppose aux affirmations du demandeur aucun acte contraire, il sera réputé *confessus, judicatus*, et la chose litigieuse sera adjugée au demandeur. Il n'en reste pas moins dans une situation fortifiée, qui lui permet de se réserver, de voir venir, sans être obligé de se mesurer à armes égales avec l'assaillant. A celui-ci la charge de la Preuve et l'épée de Damoclès de la *pluspetitio*, sanctionnant la plus légère exagération de sa demande. Triomphera, des deux adversaires, celui qui prouve en sa faveur un droit plus fort. A défaut de toute preuve, la possession restera à la partie qui a fourni la *cautio judicatum solvi*, donc au défendeur. Sans doute, les lois 4 et 16 au Code (*De probationibus*, IV, 19) l'obligent à établir de quelle manière il a acquis ; mais le texte des Institutes est formel à cet égard : *Si actor non potuerit rem suam esse probare, remanet suo loco possessio*. Le demandeur (c'est-à-dire le non-possesseur ou le prétendu créancier) doit donc prouver son droit, tout son droit. Quelle est cette

preuve ? Quel est ce droit ? La question est féconde en controverses. Mais l'idée de la Preuve-fardeau est désormais dégagée. Un axiome juridique est posé, d'une portée absolue, qui se maintiendra dans la procédure *extra ordinem* et dans notre ancien Droit, pour aboutir au Code civil.

A l'inverse, quand, la preuve de la demande une fois faite, l'autre partie allègue à son tour, soit une défense proprement dite, telle que le paiement, soit une exception, ce nouvel élément accessoire de la formule (*rei venditæ et traditæ*, par exemple), c'est à elle à justifier le fait sur lequel elle s'appuie : *Reus in exceptione actor est* (Ulpian, 19 Dig., *De probationibus*, XXII, 3). Si le demandeur primitif réplique à son tour (*Duplicatio*), ce sera à lui à prouver que sa réplique est fondée, et ainsi de suite. En un mot, quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait. C'est la *ratio scripta* appliquée à la procédure, et ce sont encore, trait pour trait, les termes de l'art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation. »

Une difficulté s'est élevée, il est vrai, sur un passage des Institutes, le fameux *Sane hoc uno casu* du titre de *Actionibus* (IV, 6, § 2). Il y aurait (en dehors des actions confessoire et négatoire) un cas unique où le possesseur serait tenu de faire la preuve. C'est l'hypothèse d'un propriétaire qui, recouvrant la possession de son bien qu'un tiers était en voie d'usacaper, se voit opposer l'action Publicienne et est réduit à prouver en sa faveur l'exception *justi dominii*, c'est-à-dire qu'il est propriétaire du fonds même qu'il possède. Rien n'est plus simple ni plus aisé à

concilier avec le principe prétorien de la protection possessoire, que cette prétendue singularité.

Celui qui intente la Publicienne, ne possédant pas, est tenu de prouver qu'il était dans les conditions voulues pour l'usucapion. Cette preuve faite, le défendeur veut établir qu'il est propriétaire. On ne peut l'en croire sur parole, après que le demandeur a clairement établi qu'il avait, lui, la chose *in bonis*. Les rôles sont intervertis. Le défendeur invoque un fait nouveau, pour lequel il se constitue demandeur. C'est à lui d'en justifier. La présomption que la possession créait en sa faveur, dans la première phase de l'instance, s'est évanouie en présence de la preuve faite par l'autre partie. Dès lors, il n'est plus censé posséder, et la maxime *favorabiliores sunt rei quam actores* perd toute sa force en ce qui le concerne. Il serait précisément anormal de décider le contraire, et il n'y a là aucune subtilité particulière au Droit romain. Il en serait de même pour toutes les législations modernes, dans le cas d'un dépositaire qui viendrait à découvrir qu'il est propriétaire de l'objet mis en dépôt. Une fois la preuve du dépôt faite contre lui, vainement invoquerait-il sa possession pour se dispenser de prouver que l'objet lui appartient. On objecterait avec raison que le principe qui dispense le possesseur de la preuve n'a jamais visé que la position défensive à l'encontre de la demande primitive, et non l'offensive qui fait l'objet d'une demande reconventionnelle. Il n'y a donc, en l'espèce, aucune exception aux principes généraux du Droit romain (1).

(1) Il faut compter, d'ailleurs, avec l'obscurité du texte, qui est loin d'être éclaircie, puisqu'on a pu lire tour à tour *sane uno casu* et *non uno casu*. On a proposé, avec plus de vraisemblance, de lire *sane hoc uno casu* et d'appliquer le texte aux seules actions confessoire et négatoire, où le possesseur pouvait

Une autre exception au principe général serait la dispense accordée au demandeur de prouver la négative. Elle a été, dit-on, formulée par Paul : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Mais, d'abord, les prétendues règles juridiques posées par les compilateurs ne sont souvent que des observations isolées des anciens jurisconsultes, auxquelles on attribue une portée que leurs auteurs même ne pouvaient prévoir, en les amputant de leur contexte. D'ailleurs, en tenant le texte de Paul pour général, il ne signifie pas nécessairement que le demandeur doive prouver la seule affirmative. Il peut signifier simplement que la Preuve incombe à qui émet une prétention, quelle qu'elle soit, et non à qui se contente de la dénier : ce qui rentrerait dans la règle générale, qui impose la charge de la Preuve à qui-conque, soit dans la demande, soit dans la défense, allègue un fait nouveau.

Tel est précisément le sens probable d'un autre texte, que l'opinion commune interprète comme une preuve de l'impossibilité d'établir une négative (*Factum negantis probatio nulla est*). Or, un rescrit de Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 23 au Code (*de Probationibus*, IV, 19), s'exprime ainsi : *Actor, quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. Il ne s'agit pas ici d'un fait négatif, dont le demandeur rejetterait la preuve sur la

jouer le rôle de demandeur : singularité qu'on explique par les tracés qu'aurait laissées, en matière de servitudes, le système des *legis actiones*, où l'on ne se préoccupait pas de la possession antérieure au litige. Il s'agit donc, suivant le mot de M. Accarias, d'un simple objet de curiosité juridique. « La difficulté n'engage aucun principe, et tout se réduit à savoir ce que Justinien a voulu dire ».

partie adverse ; mais, bien au contraire, de protéger le défendeur contre les prétentions d'un demandeur qui, désespérant de prouver, voudrait en imposer l'obligation à l'adversaire. Le motif de cette décision, c'est que celui qui se borne à dénier les allégations produites contre lui n'a rien à prouver. Les empereurs décident donc que c'est au demandeur à faire la preuve, quelque difficile qu'elle soit. Ainsi, loin d'autoriser l'interversion des rôles, ils consacrent de la manière la plus formelle le principe qui oblige le demandeur à justifier de son droit. Le brocard en question signifie évidemment qu'on n'est pas tenu de prouver quand on se renferme dans une simple dénégation — en d'autres termes, quand on se tient sur la défensive, quand on est défendeur, soit à la demande, soit à l'exception. C'est probablement aussi le sens du texte de Paul(1).

Il y avait cependant un cas, à Rome, où le demandeur à l'exception (obligé, en principe, de prouver une négative) était autorisé à rejeter la preuve sur l'adversaire. C'était le cas où le défendeur, poursuivi en vertu d'un écrit ou d'une stipulation d'où naissait à son encontre l'obligation de payer une certaine somme, invoquait l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Bien qu'il se constituât ainsi demandeur, il avait le droit d'exiger du prétendu créancier la preuve de la numération des espèces. Mais c'est là une décision exceptionnelle, toute de circonstance,

(1) On arrive à la même conséquence, en creusant le sens de cette règle du *Common law* anglais, que l'obligation de prouver incombe toujours à la partie qui soutient l'affirmatif. Les auteurs (Greenleaf) reconnaissent qu'elle ne tient nullement à l'impossibilité prétendue de prouver la négative. « Pour eux, le véritable critérium consiste à rechercher contre laquelle des parties devrait être rendue la décision, en l'absence de toute preuve, et à charger cette partie du fardeau de la Preuve ». C'est revenir à la maxime romaine.

qui tient à deux causes : à l'écrasante usure, attestée par les Annalistes, qui provoquait la question sociale dans toute son acuité ; ensuite, à la tendance de plus en plus marquée de la jurisprudence prétorienne à se dégager des formes rigoureuses de la stipulation et de l'obligation littérale (1).

Du reste, ce cas était le seul où l'on intervertît, à Rome, les principes de la Preuve. La règle qui la met, dans tous les cas, à la charge du demandeur est nettement formulée par Africanus. Après avoir supposé que l'actionné refuse de se défendre, soit dans une action confessoire, soit dans une action négatoire, le jurisconsulte s'exprime ainsi : *Hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet : id enim esse, petitoris partes sustinere*. Ainsi, qu'il s'agisse d'une affirmation ou d'une négation, on force la partie qui ne veut pas se défendre à jouer le rôle de demandeur, c'est-à-dire à prouver. Le demandeur doit donc faire la preuve, même dans une action négatoire (*Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur*. L. 8 Cod. de Probationibus, IV, 19) (2).

D'autre part, s'il est vrai que le Droit romain a distingué entre la possession, en matière de propriété, et la quasi-possession, en matière de servitudes, cette distinction n'a jamais eu, au point de vue de la Preuve, la portée que certains auteurs ont tenté de lui attribuer. Dès que la quasi-possession a

(1) Aussi cette règle qui porte sa date a-t-elle, depuis longtemps, disparu de nos lois. « Exception d'argent non nommé n'a point de lieu », dit Loysel (Inst. Cout. l. V, t. II, § 6). Elle ne fut rétablie que passagèrement, par le décret du 17 mars 1808, à l'encontre des pratiques usuraires qui ravaageaient l'Alsace et le Cantal.

(2) Ce système a été consacré par un arrêt de Cassation du 16 octobre 1848, en ce qui concerne la preuve de la cause non énoncée dans un billet (V. II^e Partie, Ch. 2, Sect. 3).

été admise, on lui a attribué les mêmes effets qu'à la possession. *Si quæritur*, dit Ulpien (8, § 3, Dig. *Si serv. vind.*, VIII, 5) — à propos du fardeau de la Preuve relativement à la servitude *tigni immittendi* — *quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum qui sibi servitutem deberi ait. Si vero non sunt immissa, eum qui negat.*

Enfin, il faut voir moins une exception qu'un tempérament aux principes généraux de la Preuve, dans la règle qui obligeait le défendeur, non à prouver son droit, mais à alléguer le titre auquel il le rattache (donation, testament), dans le but de fournir au demandeur certains renseignements préalables. Il était lié par sa réponse, même contraire à la vérité. C'était la pratique, probablement assez fréquente, des *interrogationes in jure*, contemporaine de la procédure formulaire. La question se trouve alors placée sur un terrain positif, et il est possible au demandeur d'établir que le titre invoqué n'existe pas. S'il échoue, il sera débouté de sa prétention. S'il réussit, la présomption sera en sa faveur, et ce sera au défendeur, qui aura succombé une première fois, à justifier, s'il le peut, de l'existence d'un autre titre. Un tel tempérament n'est pas seulement une concession aux nécessités de la pratique : il est parfaitement conforme aux principes généraux du Droit (1).

(1) Il nous est malheureusement impossible d'étudier quelle fut, à Rome, la théorie des Preuves. Ce qui réduit singulièrement son importance, c'est qu'elle fut l'œuvre des rhéteurs plutôt que de la jurisprudence. Au temps de Cicéron, des jurisconsultes comme Aquilius Gallus dédaignaient de s'occuper de la question de Preuve dans les procès. Les classiques se sont contentés de formuler un certain nombre de règles consacrées par l'usage, sans en imposer l'application d'une manière rigoureuse, par souci d'équité. Par contre, ils n'ont

pas admis de Présomptions légales, sauf de très rares exceptions. Telle est la présomption Mucienne, qui évite des recherches indiscretes durant le mariage, la présomption de paternité, celle de survie, admise à titre de faveur par l'empereur. Sous Justinien, les Présomptions légales sont devenues assez nombreuses. Les compilateurs ont donné au mot *præsumptio* un sens technique qu'il n'avait pas auparavant. Chez les classiques, il désigne une supposition, une croyance, non un mode de preuve. Au Bas-Empire, cette supposition a la valeur d'une preuve dans les cas déterminés par la loi, mais cette preuve peut être infirmée, sauf exceptions (par exemple, la présomption résultant de la remise d'une quittance ne peut être infirmée après trente jours). Dans la lutte séculaire entre le formalisme et l'apparence, le dernier mot reste à celle-ci, à mesure que les relations sociales se développent et se perfectionnent. C'est ce que disait déjà Démosthène (c. Androtion, 22) : « Pour faire la preuve, il faut nécessairement ou signaler des indices qui révèlent la vérité, ou montrer la vraisemblance, ou produire des témoins. » On voit la gradation ascendante : preuve indiciale, preuve par vraisemblance, preuve par témoins.

CHAPITRE II

Droit Franc et Coutumes de race (1)

Comme la procédure romaine primitive, la procédure que nous font connaître, avec infiniment plus de précision d'ailleurs, les *Leges Barbarorum*, repose avant tout sur l'initiative des parties. On dit généralement qu'elle consiste uniquement en un dialogue oral, un duel de paroles poursuivi sous l'œil indifférent du juge. Il semble qu'il n'en fut rien, et que, de très bonne heure, le président de l'assemblée judiciaire eut un rôle à remplir. Mais il est vrai que chaque partie s'adresse à l'adversaire directement, sans passer par l'intermédiaire du juge. C'est ce que nous montrent les formules du *Liber Paviensis* (début du x^e siècle). Cette procédure présente de nombreuses analogies avec celle des *legis actiones*. Elle est essentiellement orale et formaliste, soumise à des conditions légales dont l'omission, même partielle, entraîne la nullité. A vrai dire, ce formalisme oral n'a jamais abouti à un rituel défini. On ne voit pas encore se dégager de véritables formules invariables, analogues aux Brefs (*Writs*) délivrés par le chancelier anglais au nom du roi. Il y a seulement des mots conventionnels, requis dans la demande

(1) Pour tout ce chapitre, nous devons une particulière gratitude à M. Lambert, dont nous reproduisons, en les abrégeant, les longues et pénétrantes études.

et dans la réponse, ce qui laisse place à une certaine initiative des parties.

La procédure débute par la présentation de la demande, faite en forme solennelle, dans des conditions quelque peu imprécises pour l'époque franque, mieux connues pour l'époque féodale. « Qui veut faire sa demande, ne vaut rien sa demande, si elle n'est à droit dite. » (*Livre de Justice et de Plaid.*) En principe, elle est l'œuvre de la partie, qui doit y faire entrer certains mots rituels, sous peine d'être, à la requête du défendeur, déchue de son droit. La demande est entourée de certaines garanties qui assurent son sérieux : de là, les cérémonies religieuses qui l'accompagnent. Il y eut certainement, à l'origine, un rituel païen, par lequel le demandeur faisait appel aux dieux (chez les Bavarois, un édit de Tassilo III vint interdire le *Staabsagen*). L'Eglise chercha à christianiser ces pratiques : les parties doivent lever la main droite au ciel (Ed. de Tassilo), formuler leur demande devant l'autel (L. Rip. ch. 54), invoquer Dieu et les saints (Allemagne du Moyen-Age).

Une autre marque du sérieux de la demande est le Serment (ou l'offre de serment) du demandeur (*juramentum de calumnia*; chez les Francs, *weredus*; chez les Saxons, *voread*). Il apparaît dès la fin de l'époque mérovingienne : d'abord, dans un Capitulaire additionnel à la Loi Salique (*De Antruscione*), puis dans l'édit de Chilpéric, la Loi Ripuaire (ch. 57), la Loi des Saxons et le *Liber Paviensis*. Il se présente sous deux formes : tantôt simple, tantôt fortifié par l'assistance d'un certain nombre de cojureurs. Le serment préalable est d'ailleurs, en général, un serment simple. Il n'était nécessaire que si le défendeur l'exigeait, c'est-à-dire s'il n'y avait pas d'autres éléments de preuve à l'encontre de celui-ci.

Il était inutile en cas de flagrant délit, ou quand le demandeur réclame une composition à raison de blessures reçues, ou quand un membre d'une famille chargé de la vengeance du sang présente au *Mallum* le cadavre de son parent, enfin, quand le demandeur montre à l'appui de sa prétention un écrit, ou qu'il arrive accompagné de témoins. De là, la procédure de la *Suite*, en usage dans le haut Moyen Age anglais, qui a pour but d'écarter la nécessité préalable du serment.

Le serment fortifié est prêté par le demandeur, avec l'assistance d'aides du serment. Il est, le plus souvent, offert spontanément par le demandeur, ce qui a pour but d'obliger le défendeur à une preuve plus lourde. Il nous est connu par une Novelle de la Loi Salique (Capit. addit. V, § 8, édit. Geffcken), par la Loi Ripuaire (t. 67, § 5), pour les procès relatifs à la liberté et aux immeubles. « Si le demandeur a commencé à agir en justice pour un héritage ou pour la liberté d'un autre, après qu'il a juré dans l'église le *Malò ordine* (1) avec six cojureurs, le défendeur doit s'appliquer à jurer avec douze cojureurs, en mettant la main au bâton du roi et en s'attachant aux mots (c'est-à-dire en prenant le contre-pied du serment du demandeur).

La demande faite, il faut forcer le défendeur à répondre. Si l'actionné accepte la lutte, la procédure est liée ; mais il n'en sera pas toujours de même. Si, à l'interrogation du demandeur (*Stas tu ?*) le défendeur refuse de répondre, le plaignant procédera à une sommation (*Tangano*) en termes solennels, obligeant l'adversaire à répondre, au sens technique du mot. N'est pas une réponse, au sens juri-

(1) Mots rituels qui figurent obligatoirement dans la demande pour ces deux sortes d'actions, et qui indiquent que le défendeur possède sans droit.

diqué, l'observation faite par le défendeur, contestant telle ou telle prétention du demandeur : elle ne peut être qu'une dénégation totale de la demande (*Alsaccia*). La Loi Ripuaire (t. 58, § 19) exempte de cette formalité certains défendeurs privilégiés : Romains, affranchis du roi, *tabularii* placés sous la protection de l'Eglise. Tout est de droit strict en cette matière. Le défendeur doit s'expliquer, mot pour mot, sur la demande. Ce qui n'est pas nié est avoué. C'est ce que nous dit l'ancien Coutumier de Normandie, pour l'action *de hereditate disfortiata* : « A quoi le tenant est tenu de nier et de répondre négativement, mot pour mot. » Ceci n'est pas sans danger. D'où la possibilité pour le défendeur d'obtenir un délai pour répondre, mais seulement à l'époque féodale et pour certaines actions. Parfois, on l'autorise à dire simplement qu'il contredit mot pour mot (Jean d'Ibelin, ch. 100).

Il semble que, dans ce mécanisme de la demande et de la réponse, il n'y ait pas de place pour les échappatoires, pour les Exceptions. Cependant, dès l'époque franque, il existe un certain nombre de fins de non recevoir, que le défendeur peut incontestablement opposer au demandeur. L'exception se présente sous la forme d'une objection faite à l'obligation de répondre. Le défendeur peut résister au *tangano* : ce sera aux experts à décider si ce refus est légitime. C'est sous cet aspect d'un refus légitime de répondre que l'exception a débuté. La Loi Ripuaire (t. 59, § 8) nous l'indique pour les procès immobiliers, à raison de l'excuse tirée de la possession d'un acte instrumentaire. A l'accusation lancée par le demandeur d'une prise de possession contraire au droit, le défendeur peut répliquer par l'affirmation suivante : *Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo*. Ce sera au demandeur à se dé-

fendre contre la charte qui lui est opposée, à l'attaquer et à la fausser. Le procès aura changé de sens, ce qui est la conséquence normale de l'exception. Le cas est prévu dans une formule du *Liber Paviensis*, qui prête au défendeur la réplique suivante : *Non tibi respondeo, quia ecce carta quam tu mihi fecisti aut pater tuus*. La Loi Ripuaire (t. 30, § 1) vise le cas où la demande est intentée contre un maître, à raison d'un délit commis par son esclave. Le maître peut éviter de répondre, en disant qu'il n'a pas la preuve de la culpabilité de l'esclave, mais qu'il le présentera pour l'épreuve de l'eau bouillante dans les quatorze nuits. Si l'esclave s'est enfui (par suite, si le défendeur ne peut plus faire sa preuve), le maître devra répondre du délit.

Une autre forme d'exception s'introduit plus tard, sous l'influence du Droit de Justinien : c'est la prescription trentenaire, remplaçant la prescription germanique d'an et jour, qui apparaît d'assez bonne heure dans les textes lombards. Elle aussi se présente sous forme d'excuse légitime de ne pas répondre (Ed. de Rotharis, ch. 231). Le défendeur, c'est-à-dire, ici, le garant, s'exprime ainsi : *Nolo nec debeo tibi respondere, quia inter me et patrem meum et hunc cui vendidi per XXX annos possessum habemus*. Une autre formule (*Liber Paviensis*) dit plus simplement : *Non tibi respondeo, quia possessi per XXX annos*.

Les Capitulaires mentionnent d'autres causes d'exception. La plus curieuse est le refus de répondre opposé par le défendeur, qui allègue qu'il n'a pas la capacité de le faire, parce qu'il a encouru la mort civile. Un Capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 809 (Boretius : I, 408) réfute ce trop facile prétexte, en ordonnant d'exécuter contre le plaideur récalcitrant la condamnation capitale précédemment rendue.

Si l'exception n'est pas jugée valable, il faudra

nécessairement que le défendeur réponde. Le cas est prévu par l'Extravagante B 12 de la Loi Salique, qui nous indique la sanction juridique du *tangano*. Le défendeur récalcitrant encourt la composition-type de XV sous d'or, qui sanctionne ce qu'on appelle en Angleterre le *mépris de cour*. Enfin, une évolution dernière s'est produite dans cette phase de la procédure. Primitivement, la sommation doit être adressée au défendeur par l'adversaire. Plus tard, dès la fin de l'époque franque, l'initiative du juge s'est substituée à celle du demandeur (Formulaire d'Anjou, n° 50 A).

Un autre trait original des Coutumes germaniques, en ce qui touche la charge de la Preuve, consiste dans le Faussement du jugement. En effet, les voies de recours ne sont ouvertes que si le jugement n'est pas définitivement acquis (sauf le droit de *reclamatio* au tribunal du roi). Mais le plaideur mécontent peut fausser lui-même la décision des Rachimburs (*contradicere, blasphemare, renuere*, L. S. t. 57). La *Blasphematio* est fondée sur ce motif que le jugeur attaqué a sciemment faussé la coutume. Elle est analogue à l'*Appel de faux jugement* du Moyen-Age. Le « faux jugement » n'est pas le jugement erroné, mais le jugement volontairement injuste. La partie qui l'attaque invoque le refus d'une juste décision, pour obtenir des juges la composition légale sanctionnant l'obligation de dire le Droit (L. S. t. 57, § 3 : « Si les rachimburs ne jugent pas selon la loi, que celui contre qui ils ont rendu sentence intente son action, et, s'il peut prouver qu'ils n'ont pas jugé d'après la loi, que chacun d'eux encoure l'amende de XV sous d'or. ») Donc, obligation pour le réclamant de prouver la fausseté de la sentence rendue. Ceci nous est attesté par la Loi Ripuaire (t. 55) : « Si (les rachimburs) ne veulent pas

dire la loi, et qu'ensuite ils en soient convaincus, que chacun d'eux soit condamné à l'amende de XV sous d'or. » Un nouveau procès s'élèvera entre le plaideur mécontent et le jugeur (1).

Si maintenant, de la procédure, nous passons au jugement lui-même, nous remarquons qu'il n'a pas un contenu uniforme. Tantôt il décide seulement d'une question de Preuve, tantôt d'une question de Droit, tantôt des deux à la fois. Le premier cas seul nous intéresse. Si l'accusé n'a pas contredit, ou a fini par *confesser la demande*, c'est une *issue de Droit* qui est alors posée aux jugeurs : ils doivent trancher la prétention du demandeur. Mais, généralement, il y a désaccord entre les parties, non seulement sur le Droit, mais sur le fait. Le demandeur voit le défendeur nier sa prétention. Alors intervient une des institutions les plus curieuses des Coutumes germaniques : le jugement médial (ou jugement de preuve). Ce jugement se présentera sous la forme d'une alternative, décidant : d'abord, à qui

(1) Il y a, d'ailleurs, toujours intérêt à fausser le jugement d'un seul ; car le fausqueur n'aura qu'un seul adversaire à combattre dans le duel judiciaire. S'il a tous les juges contre lui, pour éviter un combat si inégal, le plaideur demandera au seigneur de les faire comparaître isolément, en champ clos (V. Philippe de Novare, ch. 87, et Beaumanoir).

Le faussement n'est pas seulement ouvert à la partie lésée et à ses conseils : chacun des membres de l'assemblée judiciaire, et le juge lui-même, peut attaquer le projet de jugement et en proposer un meilleur. Quant à la procédure de Preuve, elle ne nous est pas connue pour l'époque franque. Les sources du haut Moyen Age nous donnent, en revanche, des renseignements assez précis. La preuve la plus ancienne est bilatérale : c'est le duel judiciaire (Coutumiers français, *Assises de Jérusalem*). On rencontre aussi une modification de ce système, où la preuve est administrée par le serment avec cojureurs (sources saxonnes). Le fausqueur et l'auteur du projet jurent dans l'église avec l'assistance de six cojureurs, et l'on recourt subsidiairement au duel judiciaire.

incombera la Preuve (généralement au défendeur) ; ensuite, au cas où la partie aura échoué dans sa preuve, quelle condamnation elle encourra. Le jugement ne transfère pas le droit, il n'a pas pour objet de faire composer le défendeur : il ne crée qu'un projet de conciliation ; un contrat judiciaire intervenu entre les deux parties pour éviter la vengeance privée, analogue aux *Stipulationes* du Droit romain.

L'objet du contrat judiciaire est ordinairement la promesse d'exécuter le jugement, promesse simple ou alternative. Quelquefois, il contiendra des réalisations immédiates : c'est le cas des procès immobiliers. L'une des parties devra abandonner sur-le-champ son droit de propriété, par le geste symbolique de la *werpitio* (jet de la *festuca*, à Rome). Le plus souvent, c'est le défendeur qui doit faire la *werpitio* ; plus tard, ce sera le demandeur lui-même qui y procédera, en renonçant à ses prétentions. Le choix du défendeur s'explique, parce que c'est à lui qu'incombe, en général, la charge de la Preuve. Mais il n'en est pas toujours ainsi. La preuve peut être bilatérale (duel judiciaire, ordalie du sort ou jugement par les flèches). De même, il y a des cas où le demandeur prendra l'initiative de la preuve, en fermant la voie au défendeur, en le *cloisonnant* ; car la Preuve, à l'inverse de la conception romaine, n'est pas toujours considérée comme un fardeau. Un seul fait montrera l'importance que prend dans le contrat l'élément probatoire. En principe, le contrat judiciaire se modèle exactement sur le contenu du jugement. Or, en matière de Preuve, il n'en est pas toujours ainsi. Les deux plaideurs peuvent convenir de se soustraire à la preuve ordonnée. Cependant, l'idée moderne se fait jour, que la preuve est due au juge autant qu'à l'adversaire. C'est ce que dit un Capitulaire de 816, additionnel à la

Loi Salique : « Qu'il (le défendeur) donne satisfaction aussi bien au comte et aux juges qu'à son adversaire. »

Le contrat judiciaire (*fides facta*) suppose donc essentiellement la fixation d'un terme, la promesse par le défendeur de fournir la preuve ou les réparations prévues, à un jour déterminé (Loi des Alamans, t. 36, § 3). Le demandeur doit aussi comparaître, pour assister à l'administration de la preuve ou recevoir la prestation. Si le défendeur ne comparaît pas, le demandeur attend le coucher du soleil et prend des témoins pour établir à son tour la défaillance de son adversaire (*solsadium*). La charge de la Preuve est forcément renversée. Dès lors, les voies d'exécution de toute nature commenceront à courir contre le défendeur (Loi Salique, t. 51, § 1). Plus dure encore sera la situation du défendeur contumax, qui aura refusé de fournir sa preuve, « qu'il s'agisse de la *fides facta*, de la composition, de l'épreuve de l'eau bouillante (*hineo*) ou de tout autre mode (*lex*) réglé par la Coutume ». On voit quelle place tient, dans ces législations primitives, la procédure de Preuve, puisque le même mot (*lex*) désigne à la fois la Preuve et la Coutume. Le demandeur, chargé de prouver la défaillance de son adversaire, amènera au tribunal du roi un groupe de douze cojureurs, qui, trois par trois, attesteront sous la foi du serment les éléments constitutifs de la contumace. Il n'existe pas encore de preuve écrite, puisqu'on se sert du *record oral de cour*. La sanction sera, après une dernière *mannitio*, la mise *extra sermonem* (*regis*), qui aura pour résultat d'expulser le défendeur de la communauté juridique, d'en faire un outlaw, un loup (*vuargus*). Le seul moyen pour lui de rentrer dans la société des hommes, c'est de s'incliner devant la sentence des Rachimburs. Mais alors l'accusé ne

pourra plus offrir une alternative : fournir la preuve ou payer la composition. Dans le cas où la contumace est levée, la liberté de faire la preuve lui échappe : il faut qu'il donne satisfaction. Autre manifestation de l'idée de la Preuve-avantage.

Si, après avoir étudié sur le vif, et dans le cours de l'instance, la procédure de Preuve, nous l'examinons maintenant de plus près — à l'état statique, pour ainsi dire — nous voyons que cette procédure un peu mystérieuse se passe d'ordinaire en dehors de l'audience judiciaire. Le jugement précède la preuve. Il détermine deux alternatives : preuve à fournir, satisfaction à donner.

Le jugement détermine les preuves à fournir ; il indique la manière de les administrer, et la partie à qui en incombe la charge. Les moyens de preuve organisés par la coutume et par la loi sont appelés *lex (laga)*. La *lex*, c'est le mode de preuve auquel l'une des parties a le droit de recourir. L'expression se rencontre dans la Loi Salique, plus tard dans les sources normandes, latines, lombardes (*lex Dei* désigne l'ordalie ou le duel judiciaire) et surtout anglaises. La preuve réglée par le contrat judiciaire doit être fournie au jour fixé (*ad diem statutum*). La Loi Salique donne un délai de quarante et quarante-deux nuits ; la Loi Ripuaire, quatorze nuits ; le Droit lombard, douze nuits ; la Loi des Alamans, le plus prochain *mallum*. Ces délais ne s'imposent pas, d'ailleurs, aux parties, qui peuvent y déroger.

A qui incombe la charge de la Preuve ? Il y a un point certain : c'est que, dans la majorité des Coutumes germaniques, la preuve incombe d'ordinaire au défendeur. Sans doute, cette règle souffre des exceptions, à raison de l'importance des vraisemblances ou de la force des présomptions existantes, ou de l'initiative même du demandeur. C'est le dé-

fendeur qui, en principe, a le devoir de se purger des soupçons lancés contre lui. C'est le cas du Droit lombard (Ed. de Rotharis, ch. 364) : *Si pro quacumque culpa homo pulsatus fuerit ab alio, et negaverit, liceat eum se eduniare secundum legem et qualitatem causæ*. De même, la Loi des Burgondes (ch. 45) : *Quotiens is qui pulsatus fuerit, non deberi a se quod requiritur obicitur, sacramentorum obligatione negaverit*. De même, le Droit anglo-saxon.

En dehors de ces trois Droits, on ne trouve pas de texte établissant de formule générale. Mais, dans un certain nombre de Droits populaires, la situation est la même (Loi Ripuaire, Loi des Alamans, des Angles et Vérons, Droit saxon, Droit frison). La Loi Ripuaire (ch. 7) vise le cas où un homme est accusé de meurtre : *CC solidos culpabilis judicetur, aut, si negaverit, cum XII juret*. L'alternative est la suivante : *Culpabilis judicetur... aut juret*. « Cette structure en apparence illogique s'explique, dit M. Lambert, par un effort fait à l'avance pour préciser le contenu du jugement. » Nous retrouvons, d'ailleurs, cette intervention dans la procédure du haut Moyen Age.

Cependant, la Loi Salique est infiniment moins claire que les autres. Certains auteurs pensent qu'elle serait ici isolée. Au contraire, l'opinion dominante (Brunner, Sohm) pense qu'elle est animée du même esprit, qu'elle montre bien le même effort pour lier en une seule formule la règle de Droit et la règle de Preuve. Le rôle qu'elle assigne à la Preuve est le même : elle incombe toujours au défendeur. La Loi Salique emploie le plus souvent (jusqu'à 80 fois) cette formule : *Si quis fecerit, et ei fuerit adprobatum*. Ceci ne vise pas, comme on pourrait le croire, l'obligation imposée au demandeur d'apporter la preuve. L'actionné est considéré comme *adprobatum*, non

seulement quand le plaignant a établi sa culpabilité, mais quand lui-même n'a pas réussi dans sa *purgatio*. Sans doute, il y a quelques textes où les mots *Si ei fuerit adprobatum* visent la preuve établie par le créancier ; mais c'est la nécessité qui met la Preuve à la charge du demandeur (1).

Dans tous les autres textes, où nous trouvons la formule, elle signifie que c'est le défendeur qui a échoué dans la preuve à fournir (2).

(1) Par exemple, t. 2, § 12 : « Si quelqu'un a volé un porc consacré, et que le demandeur ait pu prouver par témoins que l'animal était votif, qu'il soit déclaré redevable de XVII sous d'or ». De même, t. 33, § 2 : « Si quelqu'un a volé un cerf domestique portant une marque et usité pour la chasse, s'il est prouvé par témoins que le maître de ce cerf l'a bien employé à la chasse et qu'il a tué, grâce à lui, trois pièces de gibier, que le défendeur soit déclaré débiteur de XLV sous d'or ». De même, t. 36 : « Si un homme a été tué par un quadrupède domestique, et que cela soit prouvé par témoins, que le maître de l'animal soit obligé de payer la moitié de la composition, et de rendre l'animal pour l'autre moitié au requérant ». (Plus tard, le maître s'exonérera de toute responsabilité, en abandonnant l'animal lui-même). Voir aussi : t. 21, § 2 : « Si (le défendeur) a volé une barque, et qu'il ait été saisi sur le fait, qu'il soit jugé redevable de XV sous d'or ». Il faut, ici, sous-entendre les mots *Si ei fuerit adprobatum*. Dans la procédure du flagrant délit, le coupable est mis hors la loi. Comme le *nexus romain*, il ne peut se défendre en justice.

(2) Par exemple, t. 53, § 1 : « Si quelqu'un a été cité en justice pour l'épreuve du fer rouge, et qu'il ait été convenu que le défendeur rachètera sa main en donnant à la place des cojureurs ; s'il s'agit d'une cause telle que, d'après la loi, il devrait XV sous d'or, et si la preuve tourne contre lui, qu'il rachète sa main pour III sous ». Les mots *Si adprobatum fuerit* visent ici l'insuccès résultant de la preuve du défendeur. De même, l'Edit de Rotharis, ch. 213 : *Liceat ei per sacramentum, aut per campionem se purgare, et si adprobatum fuerit...* De même, le *Pactus pro tenore pacis*, ch. 11 : *Probatus periculum subiacebit*. Pareillement, le défendeur qui laisse passer le délai de preuve sans se présenter est assimilé au *probatum*. Ceci ressort de la Loi Ripuaire, t. 54 : *Si interrogatus*

La Loi Salique ressemble donc, en réalité, à toutes les Lois de l'époque franque. La règle ordinaire n'est écartée qu'en cas de flagrant délit, ou quand il s'agit de faits que le demandeur seul peut connaître. Mais la Coutume salienne, à la différence des autres Coutumes germaniques, fait une place assez importante à la preuve testimoniale, ce qui diminue le rôle du défendeur dans l'administration de la Preuve.

Comment s'explique cette particularité ? Il faut se souvenir que, dans les Droits de race germaniques, les actions ont eu d'abord un caractère délictuel. Dans ces conditions, l'accusé se trouve, dès le début de l'instance, dans une situation d'infériorité. La raison, c'est le contrôle plus ou moins diffus exercé par l'opinion publique, la conscience collective du groupe. On n'admet pas qu'une action puisse être portée, sans des chances sérieuses de réussite. C'est ce qui ressort d'une théorie importante du Droit anglais : celle de la *Suite* du demandeur. Le demandeur doit venir en justice, entouré d'auxiliaires et de garants destinés à affirmer la véracité de sa demande. A côté de la suite du demandeur, on rencontre aussi la suite du défendeur, et la question se résout souvent en faveur de la suite la plus importante. L'origine de cette institution n'est pas douteuse. Un texte de la Loi Salique semble indiquer que le demandeur, avant d'agir en justice, convoque un conseil de voisins, et, devant eux, affirme sous serment la culpabilité du débiteur. On s'explique donc que la charge de la Preuve incombe au défendeur. C'est lui qui a changé la situation acquise, qui est considéré comme

confessus fuerit, LX solidos mulletur. Si autem negaverit et postea convictus fuerit, bis L mulletur (« infitiatio » romaine). La formule *Si ei fuerit adprobatum* peut donc fort bien s'interpréter comme visant l'échec de la preuve que le défendeur est appelé à fournir.

coupable par l'entourage, étant donné surtout que le Droit civil lui-même se coule dans le moule du Droit criminel.

Une autre raison, c'est la nature même des modes de preuve. Le mode normal est le Serment, prêté avec l'aide de cojureurs. Or, il est naturel que ceux-là fassent partie de l'entourage de défendeur, qui vivent dans des rapports étroits avec lui.

Enfin, pour les Coutumes anciennes, la Preuve n'apparaît pas comme un fardeau, mais plutôt comme un avantage. Il y a intérêt pour la partie à en surveiller l'administration, à raison des modes de preuve usités. Dans le Droit anglais, on peut suivre longtemps cette idée du bienfait de la Preuve, surtout du jour où l'on admit le serment sans cojureurs. Au XVIII^e siècle, le défendeur demande encore à fournir sa *loi*. A l'époque franque, il est vrai, certains modes de preuve sont plus rudes, tels les Ordales. Mais certaines sont bilatérales, comme l'épreuve du sort, le duel judiciaire ou l'épreuve de la croix. D'autres sont réservées au seul défendeur, telle l'épreuve du fer rouge, de l'eau bouillante, de l'eau froide. Mais ce sont des modes de preuve exceptionnels, qui ne sont que les subsidiaires du serment, au moins pour les personnes libres de classe moyenne.

On n'a pas oublié que, d'après une opinion dissidente, la Loi Salique se distinguerait des autres Coutumes germaniques, en ce qu'elle imposerait au demandeur la charge de la Preuve. Selon cette opinion (Thonyssen), il n'y aurait pas de principe général posé, mais il appartiendrait au juge de décider suivant les espèces. On invoque à l'appui des raisons de sentiment, qui ne sont nullement décisives. Un autre argument est tiré de la fréquence de la formule *Si ei fuerit adprobatum* ; mais nous avons vu qu'il s'agit de formules toutes faites, et que la Loi Salique

est identique dans les termes aux autres droits populaires, quand il s'agit de fixer les tarifs de composition. Thonyssen tente de s'appuyer sur quelques textes cités plus haut ; mais il s'agit, comme on l'a dit, de cas exceptionnels, où la preuve ne peut être faite que par le demandeur, ou du flagrant délit. Il invoque aussi le t. 57, § 3, sur la *Blasphematio* : « S'il y a des rachimburs dans le *mallum*, et qu'ils ne jugent pas selon la Coutume, que celui contre qui ils se sont prononcés intente lui-même sa cause ; et, s'il peut prouver qu'ils n'ont pas jugé selon la Coutume, que chacun des rachimburs soit déclaré redevable de XV sous d'or. » Ici, le cas n'est pas douteux : la *Blasphematio* est un procès nouveau, qui se déroule entre le demandeur et le rachimburg défendeur. La situation s'explique par les circonstances de l'action : il faut que le plaideur mécontent oppose un projet de jugement au projet émis par le juge.

Enfin, Thonyssen argumente de textes des Capitulaires du VIII^e et du IX^e siècles, où la formule : *Si ei fuerit adprobatum* paraît imposer la preuve au demandeur. Il s'agit là, évidemment, d'une formule élastique ; mais on ne peut conclure de ces textes tardifs à la Loi Salique. Ils montrent seulement que le nombre des cas où l'on dérogeait à la règle en usage s'est accru avec le développement donné à la preuve testimoniale et à certains modes de preuve perfectionnés du tribunal royal. Un argument décisif contre le système de Thonyssen est le titre 56, sur la procédure de contumace. Ce texte indique ce qui se passe quand le défendeur est venu à l'assemblée judiciaire et que les rachimburs ont rendu leur arbitrage. Le défendeur doit une alternative : payer la composition ou fournir la preuve (*Si nec de compositione, nec hinc, nec de ulla legem fidem facere voluerit*). Cette disposition, d'une portée générale, montre avec

évidence que la Preuve incombe au défendeur.

Ce qui reste de la théorie de Thonysen, c'est que le principe est moins accusé dans la Loi Salique que dans les autres Droits populaires, que les exceptions y sont plus nombreuses, que son application y est limitée, à raison de la conception que la Loi Salique se fait de la preuve testimoniale. Par une sorte de maturité relative, elle laisse déjà une certaine place à la preuve par témoins. Ce rôle du témoignage vient déséquilibrer dans une certaine mesure le principe général des Coutumes germaniques. C'est, d'ailleurs, une loi commune de formation des institutions juridiques, qui met la Preuve à la charge du défendeur, du débiteur. Il en fut sans doute de même dans le très ancien Droit romain, au moins pour les périodes primitives qui nous sont inconnues.

Dans le cas normal, où les parties sont de classe moyenne et de moralité ordinaire, la preuve de Droit commun qui permet à l'accusé de se libérer de l'accusation est le Serment, avec ou sans cojureurs. Mais, parfois, le demandeur pourra fermer cette voie au défendeur, en recourant au serment préalable. Déjà, certaines Lois populaires accordent, à côté du serment de la partie, une place importante à la preuve testimoniale ; mais il y a, sur ce point, une diversité extrême entre les Coutumes. C'est la Loi Salique qui donne la plus large place à la preuve testimoniale du plaignant, et c'est le Droit saxon qui lui fait la place la plus étroite. Toutes les fois, d'ailleurs, que les deux parties offrent la preuve testimoniale, c'est au défendeur qu'on doit s'adresser d'abord.

A côté du serment, nous rencontrons des preuves subsidiaires. Le serment avec cojureurs et le serment des témoins peuvent, en effet, être faussés par l'ad-

versaire de celui qui fournit la preuve. En cas de faussement du serment, il faudra recourir à une autre preuve, pour déterminer si le serment a été faussé à tort ou à raison. On recourra d'ordinaire à l'Ordalie ou au Duel judiciaire. De plus, si le serment de la partie est le mode régulier de disculpation, ce n'est pas le mode nécessaire. Le demandeur peut en fermer la voie au défendeur, en choisissant un mode de présentation de la demande plus difficile et plus solennel, qui lui permet d'obliger le défendeur à avoir recours non plus au serment, mais à l'ordalie, pour se disculper (*Provocatio ad caldariam*). Ces formes exceptionnelles nous sont d'ailleurs mal connues ; mais la Loi Salique notamment nous permet d'en constater l'existence.

Dans certains cas aussi, l'on s'écarte de la procédure ordinaire. C'est ce qui arrive pour certains délits particulièrement graves, ou quand il y a contre l'accusé des causes exceptionnelles de suspicion. La Loi des Alamans (ch. 43) exclut la preuve par le serment et impose le duel judiciaire, quand il s'agit d'un crime punissable de mort, dont la connaissance est réservée au roi ou au duc (*placids réservés*). Des Capitulaires additionnels aux Lois Salique et Bava- roise imposent l'ordalie en cas d'accusation de magie.

Les modes ordinaires de preuve peuvent être encore écartés, à raison de la qualité du défendeur. On aura recours à l'ordalie, quand le défendeur sera incapable de fournir un renseignement valable : par exemple, lorsqu'il n'a pas réuni un nombre suffisant de cojureurs, ou encore lorsqu'il n'a pas la plénitude de sa liberté.

Là encore, la Loi Salique se distingue des autres Droits de race. Elle organise un mode général de présentation de la demande, qui a pour effet d'écar-

ter le serment et de lui substituer l'ordalie. Il est probable que cette demande est fortifiée par un serment préalable du plaignant. De plus, la Loi Salique impose directement, pour certains délits, le choix de l'épreuve de l'eau bouillante. Enfin, elle organise une forme particulière de faussement de la demande, qui oblige le plaignant à se soumettre lui-même directement à cette épreuve. Ces textes, il est vrai, sont empruntés, non à la rédaction primitive, mais à des Capitulaires additionnels. On a soutenu que c'était là un résultat de l'hostilité manifestée par l'Eglise de Gaule au duel judiciaire, qui avait sans doute un caractère essentiellement païen. De très bonne heure, pour concurrencer le duel judiciaire, fut organisé un rituel chrétien de la preuve par l'eau bouillante. Il se peut que ce soit une conséquence de la Christianisation. Plus tard, à côté de ces diverses procédures qui remontent aux temps germaniques, se développera un nouveau mode de preuve emprunté au Droit romain — l'acte instrumentaire —, en attendant qu'apparaissent des formes plus perfectionnées : le témoignage du tribunal, la preuve par *inquisitio* ou par les *recognitores* (origine de l'*enquête par le pays*).

Cette obligation générale imposée au défendeur retombe par contre-coup sur les membres de sa famille. C'est le cas pour le serment, fourni avec l'assistance de cojureurs. La Loi barbare des Burgondes (ch. 8) exige que les cojureurs soient pris dans la famille de celui qui doit prêter serment. Il s'agit d'accusations criminelles lancées contre des ingénus : *Si ingenuus per suspicionem vocatur in culpa, tam barbarum quam romanus, sacramenta præbeat cum uxore et filiis et propinquis suis duodecimus juret. Si vero uxorem et filios non habuerit, cum patre et matre numerum impleat designatum. Quod*

si patrem aut matrem non habuerit, cum XII proximis habeat sacramentum. On peut encore apercevoir les mêmes idées dans les textes du Droit lombard, mais c'est la moitié seulement des cojureurs qui sont pris dans la famille du défendeur (1).

Mais d'autres Droits populaires ne prévoient qu'exceptionnellement l'intervention des parents du défendeur. Telle est la Loi des Bavares (t. 9, § 3). Elle exige que, pour les accusations de vol les plus graves, le défendeur jure avec onze ou douze cojureurs de sa famille. De même (t. 8, § 15) en cas de rupture de fiançailles, le fiancé doit jurer *cum XII sacramentalibus de suo genere* qu'il n'a rien à reprocher à la jeune fille délaissée. Telle encore la Loi des Frisons, et, beaucoup plus tardivement, les *Leges Henrici primi* (ch. 64). Celui qui veut se laver de l'accusation doit se défendre *secundum suum natale*.

Le Droit franc contient des dispositions assez nombreuses sur la *Cojuratio*. La Loi Salique marque, semble-t-il, une évolution. Tantôt elle exige que tous les cojureurs soient pris dans la famille du défendeur, tantôt une partie seulement. Parfois, elle indique qu'il faut fournir des cojureurs, sans spécifier où on les prendra (t. 32, § 2 : *de Plagiatoribus, de*

(1) *Ostensor chartæ cum XII sacramentalibus, VI suis proximis, se septimo et V aliis idoneis, chartam sacramento veram et idoneam faciat.* Il est, d'ailleurs, probable que tous les cojureurs sont pris dans la famille, mais le défendeur est libre de ne pas les prendre dans l'ordre de proximité. (Cf. Edit de Rotharis, ch. 359, sqq). Quand l'objet du litige est égal ou supérieur à vingt sous d'or, le défendeur doit le serment avec douze cojureurs (parmi lesquels il figure), et dont le demandeur nomme six : *Ad Evangelia juret, cum XII aidos, ut ita VI illi nominantur ab eo qui pulsatur, et is septimus sit, et V quales voluerit.* Le ch. 360 prévoit que le défendeur a donné sa vadia : *Et ille qui pulsatur et vadia suscepit, proximiores sacramentales qui nascundo sunt, debeat nominare.* (Cf. Edit de Luitprand, ch. 61).

Chrenecruda). Le plus souvent, elle exige que les cojureurs soient *electi*, en totalité ou en partie (t. 14, § 2, sur le vol à main armée (1) ; t. 16, § 2, sur l'incendie ; t. 42, § 5).

Enfin, d'après la Loi des Alamans (B, t. 6) l'adversaire (le demandeur, dans le cas normal), doit désigner trois cojureurs, parmi lesquels le jureur principal (le défendeur) peut en récuser deux. On voit donc que, primitivement, le défendeur ne peut choisir arbitrairement les membres de sa famille qui l'aideront à faire sa preuve : il doit choisir les plus proches en degré. Puis, dans un certain nombre de procès — les moins graves — il est autorisé à choisir quelques-uns des cojureurs hors de sa famille. Enfin, à une époque plus avancée, il est libre de les prendre où il veut. La solidarité devant la Preuve disparaît. Le nombre des cojureurs, très variable suivant l'importance de la cause, varie aussi suivant les conditions dans lesquelles la preuve doit être fournie. Si le demandeur a fortifié sa demande par un serment préalable, le défendeur devra fournir un serment plus complet (2).

(1) « Si quelqu'un a attaqué la villa d'autrui et en a emporté des objets, si la preuve n'est pas absolument certaine, que le défendeur se libère avec vingt-cinq cojureurs, la moitié étant choisis par l'adversaire ». Il existe un certain nombre d'accusations pour lesquelles la Loi Salique consacre le système des cojureurs *electi* pour moitié. Cf. Capitul, VII, ch. 2 : « Si un ingénu, cité en justice pour vol, nie, il doit donner douze cojureurs, la moitié étant désignés par l'adversaire, pour établir qu'il n'a pas commis le vol ». La règle est la même, dans les cas assez rares où la charge de la Preuve incombe au demandeur : par exemple, dans le cas où un esclave est pris en flagrant délit de vol. Le demandeur doit établir l'existence du flagrant délit. (Capitul VII, ch. 5) : « Celui qui poursuit la cause doit jurer avec trois cojureurs, qui sont ses *consimiles*, et trois autres qui sont *electi*. »

(2) Quant aux formes extérieures du serment, nous en avons

Il y a, il est vrai, un moyen pour l'adversaire de s'opposer à une trop facile disculpation du défendeur. C'est le Faussement du serment, préalable ou après coup, une fois le serment prêté.

Le faussement préalable paraît être le plus ancien, la voie la plus pratique et la plus fréquente ouverte à la méfiance du demandeur. C'est un acte en forme juridique, qui suppose l'accomplissement d'un certain nombre de formalités symboliques. Le fausseur place son épée ou sa main en travers de l'autel ou de l'Evangile, ou barre la porte de l'église à son adversaire, ou bien écarte la main qui allait se poser sur l'objet sacré. D'après la Loi Ripuaire (t. 59, § 4), dans le cas où celui à qui l'on oppose une charte la déclare

une description détaillée dans le grand Coutumier de Normandie (ch. 84 et 85) : La *Deresne* (*Disraisia*), c'est la purgation, à raison d'une injure exposée devant le justicier par le plaignant, purgation qui s'opère par le serment du défendeur et de ses coadjuteurs, lequel devra être prêté en la Cour... Le défendeur doit aller devant les objets sacrés (Evangile ou reliques) et, étendant la main sur eux, il doit jurer dans cette forme, le justicier ou un autre à sa place lui escariant la formule de preuve : *Entends ceci, Pierre, que je ne t'ai point fait telle injure, et ton témoin n'a rien vu ni entendu ; qu'ainsi Dieu et ces choses saintes me soient en aide*. Puis il doit se lever du serment, et ses coadjuteurs doivent venir au serment, sans qu'on les entraîne ou qu'on les appelle, jusqu'à ce que la preuve soit accomplie. Le serment ainsi fourni par chacun, l'accusé se trouve libéré par cette *Deresne*, et le plaignant devra payer une amende ». On voit qu'il n'est pas exagéré de parler du bienfait de la Preuve.

Cf. les Anciennes Coutumes de Reims, qui admettent le serment du défendeur au cas où le demandeur se plaint de blessures reçues (*batture avec ou sans sang*) : *Sire, par les Saints qui sont encontre, et par tous autres, de batture sans sang faite un tel, dont on me poursuit en la Cour de céans, je suis pur et innocent*. Cf. le Livre Roisin de Lille (début du XIV^e siècle) pour les actions mobilières et personnelles. Il y a d'abord un serment du demandeur : *De ces vingt sous parisis que je, sieur Jean, clamai, d'ainsi que j'y clamai, à bon droit y clamai. Si Dieu m'ait et ses Saints*. Le défendeur

fausse, c'est le scribe qui doit *relever la charte*, en jurant que l'acte est sincère. La Loi prévoit le cas où le demandeur veut fausser le serment que va prêter le rédacteur de l'acte. On aura recours à l'ordalie ou au duel judiciaire (1).

Ce rôle de preuve subsidiaire, de succédané du serment, attribué à l'ordalie, nous est attesté par un Capitulaire italique de date incertaine (Boretius I, 817, ch. 8) : « Il a été dit (dans un *placitum*) que lorsqu'il apparaît que celui qui accuse un autre d'un crime, ou celui qui veut se défendre, doive se parjurer, il vaut mieux que les deux adversaires luttent en champ clos, à coups de bâton, plutôt que de commettre un parjure. » Au regard des consciences primitives, encore imbuës de tendances animistes extrêmement grossières, l'ordalie réalise le type du jugement de Dieu, plus concret, plus immédiat aussi que le serment, puisque la sanction et la

réplique mot pour mot : *Des vingt sous parisis que Jean sur moi clama, à tort y clama. Si Dieu m'ait et ses Saints.*

(1) *Quod si ille qui causam prosequitur manum cancellarii de altario traxerit, aut ostio basilici manum posuerit.* Un Capitulaire additionnel à la Loi Ripuaire nous dit : *De quacumque causa fistuca intercesserit, lacina interdicator, sed cum sacramento se purgare studeat.* Le faussement est donc possible jusqu'au moment où le demandeur a pris la *fistuca* pour escamoter à l'adversaire la formule du serment.

Cf. un autre Capitulaire de 803, additionnel à la Loi Ripuaire (Boretius, I, 117, ch. 3) visant le vol d'un troupeau de porcs (soniste) : « *LX componet aut cum XII juret, aut si ille qui causam quærit, cum XII hominum juramenta accipere noluerit, aut cruce, aut scuto et fuste contra eum decertat.* Cf. un Capitulaire de 813 (Bor., I, 180) : Le fausseur ayant retiré de l'autel la main du jureur, les deux parties doivent aller *in campum*. Cf. la Loi des Burgondes (t. 8, § 2) : *Quod si ei sacramentum de manu is cui jurandum est* (c'est-à-dire le demandeur, à qui la Preuve est due, à l'origine, plus encore qu'au juge) *tollere voluerit, antequam in ecclesiam ingrediantur, qui sacramentum audire jussi sunt* (c'est-à-dire les trois délégués du juge). La voie du serment sera fermée au défen-

Preuve y sont étroitement liées, au point d'être indiscernables. Cela est plus visible encore dans les vieux Coutumiers orientaux. L'épreuve des eaux amères (*Nombres*, V, 12-30) dont l'Eglise chrétienne a fait l'ordalie du pain bénit, diffère de l'ordalie franque en ce qu'elle est à la fois une preuve et une pénalité, la confusion et le châtimement de la femme adultère ; alors que l'épreuve du pain est un simple moyen de preuve, fourni devant un tribunal. Plus un Droit, avons-nous dit, est évolué, et plus le Droit sanctionnateur se sépare du Droit probateur. Mieux qu'aucun autre mode de preuve, l'ordalie nous permet de mesurer ce rapport.

Elle nous intéresse encore à d'autres points de vue. Interrogation directe qu'une croyance naïve et vieille comme le monde posait aux esprits des éléments, en les forçant à répondre par certains rites magiques, elle est la manifestation la plus franche, la plus accusée, de ce phénomène qu'on a appelé de nos jours *le déplacement de la Preuve*. Au lieu de faire porter la démonstration sur le fait même dont dépend le succès de sa défense, le patient la fait porter sur un point différent : l'attestation par la Divinité de son innocence, grâce à un bouleversement des lois physiques ; de telle sorte que, de la présence de ce phénomène quasi-miraculeux, le juge puisse légitimement inférer l'existence du fait initial. La preuve ordalique est donc une preuve indirecte, en ce sens que la conviction du juge ne se forme qu'indirectement sur la question principale.

Au contraire, la Preuve, telle que nous l'entendons aujourd'hui, a l'ambition d'être directe, en ce sens

deur, et les deux parties devront s'en référer au jugement de Dieu. Une Nouvelle de la Loi Salique impose, dans ce cas, l'ordalie de l'eau bouillante ; la Loi des Frisons, l'ordalie du sort.

que la conviction du juge se forme directement sur la question de l'existence ou de l'inexistence du fait dont le gain du procès dépend. Or, il arrive le plus souvent que cette preuve porte directement, non pas sur ce fait, mais sur des faits différents, plus ou moins voisins de celui-là. On a pu soutenir, avec une ombre de paradoxe, qu'il n'est pas un cas où ce phénomène de la preuve indirecte ne se produise. Ni la preuve testimoniale, ni peut-être la preuve écrite ne donnent, quant à la réalité du fait principal, autre chose que des inductions et des inférences, dont il faut bien que le magistrat se contente. Nous sommes donc, en réalité, en présence d'un phénomène très général, commun à tous les types de preuve judiciaire. Il semble même que ce processus de déplacement se rencontre dans toute espèce de preuve, sans doute parce qu'il est inhérent à la notion même de Preuve.

L'ordalie nous le montre dans toute son ampleur, puisqu'elle consacre la dissociation absolue du fait en litige, et de celui sur lequel porte la preuve. De là, sa prodigieuse fortune et son caractère protéiforme, aux manifestations beaucoup plus diverses que ne l'attestent les *Leges*. Claudien et Julien disent que les Germains exposent sur une rivière l'enfant dont la légitimité est contestée. Les écrivains des premiers siècles de l'époque franque, Grégoire de Tours notamment, nous montrent l'ordalie universellement répandue comme moyen de preuve. Outre qu'elle constitue le mode normal de disculpation des esclaves, nous voyons les hommes libres s'y soumettre en dehors de tout procès, pour se disculper devant l'opinion. De là, l'importance donnée aux ordalies unilatérales, où une seule des parties — généralement le défendeur — se soumet au jugement de la Divinité. Cela correspond si bien à la conception

germanique de la Preuve-avantage, qu'on a pu nier — sans grand succès — le caractère ordalique du duel judiciaire, où les deux adversaires sont appelés à fournir leur preuve.

Nous avons vu que l'ordalie de l'eau bouillante, en particulier, joue dans la Loi Salique un rôle important. Il existe, en effet, un mode général d'engagement de l'instancé, obligeant le défendeur à y recourir, au moins pour les affaires criminelles les plus graves. C'est la *Provocatio ad caldarium* (Capit. addit. IV et VII : « Si quelque homme libre a été accusé de vol et provoqué à l'épreuve de l'eau bouillante, et qu'il ait brûlé sa main, qu'il compose de ce dont il a été inculpé. ») Il semble que cette procédure ait eu une assez large propagation. Certains Capitulaires mettent les personnes de haut rang à l'abri de cette pénible épreuve. Tel est le cas des Antrustions (Capit. V, ch. 8). Il résulte de ce texte que, dans les contestations entre hommes libres, le demandeur peut toujours, au moins en matière criminelle, provoquer l'adversaire *ad caldarium* ; mais que, dans les procès entre gens de la Truste, il ne le peut qu'exceptionnellement, quand la composition encourue est le *wergeld* (*leudem*). Dans les autres cas (jusqu'à soixante sous d'or) le demandeur peut bien aggraver le procédé de disculpation du défendeur, mais il ne réussit qu'à lui rendre le serment plus difficile. Dans tous les cas, le demandeur, pour aggraver l'épreuve imposée à l'adversaire, devra fournir un serment préalable.

Dans les litiges ordinaires, l'épreuve de l'eau bouillante joue encore un assez grand rôle comme preuve subsidiaire. Elle intervient, quand la condition de la partie ne lui permet pas de prêter serment (esclave), ou quand sa réputation est suspecte (parjure), ou pour faire tomber l'autorité d'une preuve principale.

Enfin, quand la partie qui devait se disculper par le serment n'a pu réunir un nombre suffisant de cojureurs, le défendeur ne peut s'engager à prêter un serment qu'il lui sera impossible de fournir. Il doit stipuler qu'il aura recours à l'ordalie (T. 14, § 2, relatif au vol à main armée commis par un Romain sur un Salién, et t. 16, § 4, relatif au crime d'incendie (1)).

L'épreuve de la chaudière sert encore à l'adversaire à faire tomber la preuve fournie par le défendeur : notamment, à ruiner l'autorité de la preuve par témoins ou du serment. C'est un cas intéressant de preuve fournie par le demandeur. Il est prévu par un Capitulaire ancien, inséré dans la Loi même (ch. 94) : « Si quelques-uns ont été convaincus de faux témoignage, que chacun d'eux paie une amende de XV sous d'or. Si l'adversaire qui les inculpe de parjure a mis sa main au feu et la retire intacte, que les témoins paient l'amende précitée ; mais, s'il se brûle gravement, qu'il supporte lui-même l'amende. » L'ordalie a dû servir aussi à résoudre le faussement du jugement et le procès qui en résulte, concurremment avec le duel judiciaire.

Enfin, si les textes saliens font une large place à l'épreuve de l'eau bouillante, ils prévoient aussi une résistance de la part du défendeur. Il arrive souvent que le plaideur qui doit faire la preuve cherche à esquiver cette obligation, en s'entendant à l'amiable avec l'adversaire. Quand les deux parties tombent d'accord, le contrat est souverain. Mais le demandeur peut être porté à abuser de la situation : d'où, les dispositions du titre 53, qui viennent limiter ses exi-

(1) « Si le fait n'est pas certain, que (le défendeur) se disculpe en fournissant XXV cojureurs, la moitié choisis par l'adversaire. S'il ne peut les trouver, qu'il aille à l'épreuve de l'eau bouillante, ou qu'il paie la composition ». La formule est identique dans les deux cas.

gences, en fixant un maximum de prix de rachat. Le surplus (*fritus*) sera payé au comte. Le texte édicte donc une peine, non contre le demandeur, mais contre le défendeur. On est frappé de ce fait que le défendeur, en refusant de se soumettre à l'épreuve, paraît se défier de son bon droit. En tout cas, il n'y a pas de moyen pour lui de forcer son adversaire à transaction.

Au contraire, l'épreuve de l'eau bouillante joue un rôle très effacé dans les autres Coutumes germaniques. Le Droit lombard en fait un mode de disculpation réservé aux esclaves. La Loi Ripuaire, la Loi des Chamaves, procèdent du même esprit. Un Capitulaire de Louis le Débonnaire, de 818-819 (Boretius, I, p. 281) réprimant les meurtres commis dans les églises, soumet l'homme libre au serment avec douze cojureurs, et l'esclave à l'ordalie (1).

(1) L'hostilité professée par l'Arianisme à l'encontre de l'épreuve de la chaudière a eu pour compensation une très large place accordée au duel judiciaire, dans toutes les Coutumes ariennes. Ceci nous est attesté par les textes du Droit lombard. L'Edit de Rotharis (ch. 198) renvoie au jugement de Dieu (*judicium Dei*), le diffamateur d'une femme placée sous le *mundium* d'un de ses voisins. S'il se reconnaît coupable, il devra jurer qu'il a médité à tort et payer une amende. S'il prétend avoir eu de bonnes raisons, « et qu'il dise qu'il peut prouver l'accusation » (donc, ici, la Preuve incomberait à l'accusateur, ce qui est dérogation au Droit commun), on aura recours au duel judiciaire.

De même, la Loi des Burgondes prévoit l'emploi du jugement de Dieu comme moyen de résoudre le faussement du serment. Les textes sont assez nombreux (T. 8, § 2 ; t. 80, § 2) et la fréquence du duel judiciaire nous est attestée par le livre d'Agobard (*Adversus legem Gundobadam*). Le plus significatif est le titre 45 : « Lorsque celui qui est cité en justice dira qu'il n'a pas fait ce dont on l'accuse, le litige devra être ainsi résolu : Si celui qui doit recevoir le serment (le demandeur) ne veut pas le recevoir, que la faculté d'aller en champ clos ne lui soit pas refusée. Que l'un des cojureurs que le défendeur avait fournis pour prêter le serment se batte avec lui en

Pour terminer cet exposé, il nous reste à citer un curieux fragment de la Loi des Alamans (A, 81) qui nous décrit les procès en bornage. L'instance se lie devant le comte, président de l'assemblée judiciaire. Il se rend avec des témoins sur le terrain litigieux. L'un des plaideurs, se plaçant sur la limite prétendue, s'exprime ainsi : *Hic est noster terminus*. L'adversaire l'imite, et le comte marque d'un signe les deux limites en question. Les deux parties affirment alors sous serment la véracité de leurs prétentions. Sur la bande de terre contestée, on lève une motte qui est posée sur les titres de propriété (*genealogia*), et le tout est remis au comte, qui le place sous scellé. Au *mallum* suivant, les plaideurs renouvellent leurs affirmations contradictoires et procèdent au contrat de preuve, en se promettant le combat. « Quand les parties sont prêtes à la bataille, que (l'homme-lige du comte) pose la motte de terre au milieu d'elles, et que chacune la touche avec son épée, en prenant à témoin le Dieu créateur... et qu'ils combattent. » Le vainqueur se verra attribuer l'immeuble litigieux, et son adversaire devra payer la composition de quinze sous d'or.

Cette procédure porte un nom. Elle est un véritable *Sacramentum*. Les analogies sont évidentes, et la vieille Loi barbare est une réédition du texte de Gaïus, infiniment plus concrète et plus vivante. Tout

champ clos, Dieu jugeant. Car il est juste que celui qui déclare savoir la vérité sur une chose, et qui allait fournir le serment, n'hésite pas à se battre ». Nous sommes, ici, en présence d'un cas particulier, où la preuve est fournie, non par le jureur principal, mais par un de ses acolytes. D'ailleurs, aussi loin que nous remontions, nous voyons les adversaires au duel judiciaire se faire remplacer par des champions. Cette preuve *par représentation* est une marque du rôle actif que jouent les témoins, dans la plupart des cas où l'Histoire signale leur intervention.

s'y retrouve : depuis l'affirmation en termes identiques, par les plaideurs, de leurs prétentions contradictoires, jusqu'au geste rituel qui leur fait toucher de l'épée la motte de terre symbolique. La Loi Ripuaire (t. 33, § 3) nous donne même la formule de la *vindicatio* et de la *contravindicatio* : *Ambo conjurare debent cum dextera armata, et cum sinistra ipsam rem tenent*. Donc, ni demandeur, ni défendeur : la Preuve est double, comme dans le très ancien Droit romain.

On voit quelles curieuses similitudes rapprochent ces conceptions juridiques primitives, ces Coutumes de races diverses, qui bientôt se diviseront en deux branches, à mesure que les adversaires en présence prendront des physionomies plus tranchées : branche germanique, faisant de la Preuve un avantage concédé au défendeur ; branche romaine — la nôtre — en faisant un fardeau imposé au demandeur. Plus tard apparaîtra une forme générale d'introduction de l'instance, usitée seulement dans les affaires les plus importantes, qui ferme au défendeur la voie du serment et l'oblige à recourir au duel judiciaire. Il est possible que cette procédure se relie à la *provocatio ad caldarium*, à cause de la similitude des deux épreuves, l'une ayant succédé à l'autre dans le Droit salien. C'est le point de départ de l'*Appel féodal*, par lequel le demandeur impose à son adversaire le jugement de Dieu, et ceci nous amène au seuil de la période médiévale.

CHAPITRE III

Ancien Droit Français.

Chez nos anciens auteurs, la procédure de Preuve perd une grande partie de son importance primitive. Cela est facile à comprendre. La Preuve ancienne, qui dominait tout le procès, était un phénomène religieux, une intervention divine en faveur du titulaire du droit. Dès le Moyen Age, la Preuve s'humanise ; elle devient le fait exclusif de l'homme, et, par suite, sa crédibilité, la confiance qu'elle inspire, son rôle dans la solution du litige tendent à diminuer. Comment s'est faite la transition de la preuve divine à la preuve humaine ? Précisément par le témoignage. Dès que celui-ci fut facilité par les perfectionnements de la vie sociale, la plus grande sécurité des communications, la suppression de la guerre privée, entraînant une indépendance relative des témoins, les esprits plus éclairés, délivrés des conceptions animistes qui étaient la base de l'ordalie, ont compris qu'un tel mode de preuve offrait des garanties plus sérieuses que l'eau bouillante, le serment et le duel judiciaire (1).

(1) C'est ce que notait déjà Agobard (*Liber adversus legem Gundobadi*) : *Propter legem, quam dicunt Gundobadam... non possit super illum testificari alter, etiam bonus christianus. Ex qua re oritur res valde absurda, ut, si quis eorum in cœtu populi aut etiam in mercatu publico commiserit aliquam pravitatem, non coarguatur testibus, sed sinatur jurare, tanquam non fuerint per quos veritas posset agnosci.* Telle est aussi l'opinion de M. Esmein : « La preuve par témoins, toute sim-

Cependant, semblable garantie était encore faible, à une époque où l'on pouvait fausser le témoignage en provoquant en champ clos le témoin suspect. Mais on dut s'en tenir longtemps à ce mode, en concurrence avec le serment ; car, l'écriture restant à peu près l'apanage des clercs, la preuve littérale n'était guère possible. Plus recherché était l'Aveu, la preuve entre les preuves (*probatio probatissima*) qui se liait d'un côté à l'ordalie et de l'autre à la torture. Il était le contemporain du témoignage, et peut-être lui est-il encore antérieur. C'est le type de la preuve humaine se rapprochant le plus de la preuve divine, par le moyen de la provoquer.

Nous sommes à l'époque où *Témoins passent lettres*. Mais les vices inhérents à ce système ne tardèrent pas à se révéler. Le témoin apparut bientôt ce qu'il est de nos jours en matière répressive : un homme accessible aux influences, aux passions du moment, quand ce n'est pas aux simples calculs d'intérêt — inférieur même au cojureur germanique qui, du moins, était lié par la malédiction conditionnelle enfermée dans son serment. Loysel se fait l'écho de la sagesse populaire, quand il cite le proverbe campagnard : « Qui mieux abreuve mieux preuve. » De nos jours, Kovalevsky note, d'après des faits précis recueillis parmi les populations du

ple qu'elle paraisse, ne peut fonctionner régulièrement que dans une société parfaitement policée, où l'État assure efficacement aux individus qu'il domine la sécurité et la protection de leurs droits. Son emploi devient impossible là où l'État est rudimentaire ou affaibli, et où les individus se constituent en groupes naturels ou artificiels pour la défense mutuelle... Là, en effet, par solidarité forcée, jamais un homme ne témoignera contre un autre homme du même groupe. Il ne témoignera pas non plus, par crainte de la vengeance et des représailles, contre un homme appartenant à un autre groupe ».

(*Histoire gén. du Droit français*, p. 105).

Caucase, que les tribunaux populaires « sont unanimes à se plaindre des mensonges des témoins, et, comparant ceux-ci aux *cojurantes*, n'hésitent pas à préférer ces derniers ». D'autre part, l'instruction se répandant, on alla naturellement de l'oral à l'écrit, que l'on considéra comme plus certain. Ce dernier avait aussi sur la preuve actuelle l'avantage de la preuve préconstituée. Une telle preuve inspire infiniment plus de confiance que l'autre, car elle s'obtient bien avant que le conflit soit né.

A son tour, cette preuve préconstituée fut successivement privée, puis publique, dans tous les pays où le notariat, ou une institution analogue, put se constituer. Elle resta plus longtemps privée dans les autres. En tout cas, la maxime *Lettres passent témoins* finit par dominer. On en donnait pour raison la corruption des témoins, les déplacements nécessités par les juridictions de ressort très étendu, la pression singulièrement redoutable en ces siècles de violence mal contenue. Cependant, le témoignage subsistait pareillement, mais peu à peu on le restreignit, en France notamment, dans d'étroites limites. Ce fut l'œuvre du fameux Edit de Moulins, de 1566, qui le réserva aux causes inférieures à cent livres, en interdisant de prouver par témoins outre et contre la preuve écrite. Ailleurs, dans les pays germaniques, moins pénétrés d'influence romaine, l'égalité fut maintenue entre les deux preuves. C'est là l'une des divergences les plus considérables qui aient séparé les deux familles de Droits.

Désormais, l'écrit ne se contenta pas de dominer, et même de devenir exclusif dans les contrats. Il envahit la procédure. Au criminel, l'instruction devint écrite et secrète. Au civil, le système des preuves légales marqua son triomphe. Non seulement certains modes de preuve furent presque entière-

ment rejetés, mais on ne les admit, là où ils subsistèrent, qu'avec forcée restrictions. C'est ainsi que la preuve testimoniale fut de plus en plus restreinte ; mais, en même temps, elle obligea le juge à juger, tant au civil qu'au criminel, sans pouvoir la rejeter, même en cas de conviction contraire. Par exemple, il ne pouvait condamner sur un seul témoignage, mais il devait condamner sur deux, sans pouvoir s'en dispenser. Cette transition de l'oral à l'écrit s'accompagna donc d'une transition de la preuve libre à la preuve légale. Elle fut suivie de l'établissement des Présomptions, et, à l'inverse, de l'interdiction de la preuve de certains faits. C'était une conséquence de la restriction et de la réglementation de la Preuve, qui mettait définitivement la légalité au-dessus de la liberté. Seule l'Angleterre, fidèle aux principes anciens hérités de la conquête normande, conserva le principe de la liberté de la Preuve (1).

(1) C'est précisément aux documents anglais qu'il faut recourir, pour déterminer quelle était, dans la pratique médiévale, la procédure de Preuve. C'est une idée juste, émise dès le XVIII^e siècle par Houard, non sans quelque exagération, que les anciens coutumiers anglais sont le tableau le plus fidèle du vieux Droit français. Cela est facile à comprendre. Les Cours royales, foyers d'élaboration du *Common-law*, étaient composées d'évêques et de barons d'origine française, nourris de la procédure et des traditions juridiques normandes. D'autre part, le système anglo-normand des Brefs (*Writs*), c'est-à-dire des formules d'actions délivrées par la chancellerie royale, et la grande législation de Henri II sur les affaires possessoires (*Assises*) ont développé la compétence du tribunal du roi et, par suite, entraîné la substitution aux Coutumes populaires d'un Droit d'origine française. Le livre de Glanville (deuxième moitié du XII^e siècle) est, dans son ensemble, une démonstration décisive de la prédominance du Droit normand. C'est au temps de Bracton (milieu du XIII^e siècle), que le *Common-law* offre sa coloration la plus franchement normande et française.

Avec le règne d'Edouard I^{er} (fin du XIII^e siècle), les deux

C'est donc dans le mécanisme d'un procès anglais à la fin du XIII^e siècle, que nous pouvons le mieux surprendre la procédure médiévale de Preuve. Comme le remarque Maitland, elle est arrivée au même point que la procédure romaine, au moment où le système formulaire commence à percer sous le système des actions de la loi. Les deux systèmes se composent d'une série d'actions individualisées, ayant chacune leur destination propre et gouvernées par des règles particulières. Toutes deux présentent les mêmes phases : phase *in jure*, phase *in judicio*. Dans la première, qui se déroule devant le magistrat, les parties viennent présenter leurs prétentions

Droits frères vont s'engager dans des directions différentes. Cette divergence a été la conséquence de l'inégale résistance apportée par chacun d'eux à l'assaut formidable du Droit romain. Dès la fin du XII^e siècle, les Glossateurs réussissent à infuser quelques principes de Droit romain dans le Droit canonique. Mais la grande diffusion fut surtout l'œuvre des Post-Glossateurs, qui étudiaient le Droit romain pour s'en servir dans la pratique. Assoupli et féodalisé, il pénètre peu à peu nos tribunaux, et, dès la fin du XIV^e siècle, une armée de légistes travaille à conquérir pour la *Ratio scripta* la prééminence. Ils y réussissent dans le Midi. Dans la France coutumière, ils se heurtent à une résistance plus efficace ; mais ils parviennent à romaniser une partie importante du Droit privé, précisément la matière des Obligations et des Contrats. Par là, s'introduit la procédure romaine de la Preuve, et l'idée toute nouvelle de la Preuve-fardeau imposée au demandeur.

Désormais, les conceptions juridiques romaines seront la grande école de formation des juristes français. Aussi n'est-ce pas dans leurs ouvrages qu'il faut chercher, en ce qui nous intéresse, les vestiges de ce fonds original de Coutumes qu'était le vieux Droit français. En Angleterre, le Droit d'origine française eut à subir le même assaut, mais il y a résisté victorieusement. Sans doute, quelques éléments de terminologie romaine parvinrent à s'introduire dans le Droit anglo-normand, mais ces emprunts sont tous de surface et de parure. Même, après Bracton, se produit un mouvement de réaction qui suffit à faire disparaître ces quelques éléments d'importation romaine.

respectives, grâce à quoi se dégage la question qu'aura à trancher l'expert. C'est la phase des *pleadings*, le terrain d'élection de la Preuve et de la contre-preuve. Le *pleading* est l'ensemble des demandes, des réponses, des interrogations, des exceptions, des répliques par lesquelles les plaideurs arriveront à délimiter le terrain exact du litige. Cette procédure aboutit à l'*Issue* (*litis contestatio* romaine) : issue de droit, c'est-à-dire discussion d'un point préliminaire de droit, d'où dépendra la question litigieuse ; issue de fait, constatant que telle partie remplit telles ou telles conditions de fait, ce qui ouvre la suite de la procédure.

Cette deuxième phase est la phase *in judicio* romaine. C'est la phase du jugement (opposé à l'*Agar*, l'avis du juge), ou, très anciennement, l'*Ordal* ou Epreuve (*Trial*). Le rôle du juge est fini, les parties sont tombées d'accord sur les preuves, le jugement médial a déterminé les démonstrations à fournir par les plaideurs. Ces modes sont mécaniques, automatiques, comme le jugement de Dieu et le serment. Aux XII^e et XIII^e siècles, on leur substitua un mode nouveau, qui nécessite l'intervention d'un expert. C'est le résultat du développement de l'*enquête par le pays*, ou jugement par le jury.

En France, la procédure des Cours féodales était remarquable quant à ses traits généraux. « Elle était, dit M. Esmein, orale et essentiellement formaliste, subtile et grossière à la fois. » La théorie des preuves était encore fortement influencée par les conceptions de l'époque précédente. Cependant, en ce qui nous concerne, un certain nombre de règles nouvelles et de modifications importantes sont à signaler. Le principe qui domine désormais, c'est que le fardeau de la Preuve incombe au demandeur, et que cette preuve doit se faire au moyen de témoins —

ou plutôt de jureurs — qui viennent affirmer en pleine Cour, sous la foi du serment, une formule arrêtée d'avance par le jugement médial. L'adversaire, c'est-à-dire le défendeur, peut essayer de faire tomber le témoignage en faussant ou en *levant* le témoin, c'est-à-dire le provoquant au duel judiciaire. Par suite, les ordalies unilatérales, encore très répandues au XII^e siècle, et qui apparaissent très souvent dans les chartes de communes, disparaissent peu à peu au cours du XIII^e. Le serment purgatoire et la pratique de la *cojuratio* se conservent plus longtemps dans certaines régions (nous l'avons vu pour Reims et Lille). Enfin, le duel judiciaire, la *bataille* prend une extension considérable, pour devenir bientôt le principal mode de preuve, au civil et au criminel. Parfois il intervient d'emblée, sur une provocation directe émanée du demandeur (analogue sans doute à la *provocatio ad caldariam* de la Loi Salique). Le plus souvent, il intervient au cours du procès, par suite d'un faussement du témoin ou du juge.

On voit que, si l'armature, le côté extérieur du procès, est resté à peu près le même que dans les *Leges barbarorum*, nous n'en constatons pas moins une évolution radicale touchant la charge de la Preuve : évolution qui fut peut-être hâtée et généralisée sous l'influence du Droit canonique, lequel, en cette matière comme en beaucoup d'autres, s'était visiblement inspiré du Droit romain. Loin d'avoir créé l'ordalie, comme le prétend Amira, l'Eglise a tenté de la christianiser, ne pouvant la supprimer ; mais elle ne cache pas ses préférences pour des modes de preuve plus perfectionnés, notamment pour la preuve testimoniale (Cf. le livre d'Agobard). Par suite, la Preuve, considérée comme un fardeau, devait nécessairement retomber sur le demandeur.

Si, maintenant, de la pratique ancienne et assez mal connue, où dut se conserver longtemps la vieille procédure germano-franque, nous passons aux conceptions juridiques plus récentes que nous fait connaître la Doctrine, nous voyons les auteurs influencés de très bonne heure par les idées romaines. La théorie de la Preuve-fardeau trouve chez eux un accueil presque unanime, d'autant que la plupart en traitent à propos d'une matière fortement romanisée : celle des Contrats. Les deux choses sont restées si intimement mêlées, que le Code civil lui-même traite de la charge de la Preuve au titre des Obligations (1).

C'est ainsi que nous retrouvons chez Denizart (*Possession*, n° 8 la vieille présomption prétorienne établie en faveur du possesseur : « Possession seule suffit pour faire présumer qu'il est propriétaire, et on ne peut la lui enlever qu'en justifiant d'un titre. » N° 10 : « Quand le titre de celui qui attaque le possesseur n'est pas assez ancien pour qu'on puisse lui opposer la prescription, alors la possession ne suffit pas seule pour écarter la demande de celui qui se présente armé d'un titre : il faut que le possesseur représente le sien, et c'est dans ce cas-là un combat de titres qu'il faut juger. » Mais Duarenius, résumant la pratique, paraît plus influencé par l'idée ancienne de la preuve double : « *Quid ergo dicemus si quis vindicet fundum ut dominus, reus respondeat se dominum ?... Cum uterque se esse dominum contendit, uterque probare debet et secundum eum judicari solet, cujus potior est probatio.* »

La Doctrine est donc encore quelque peu flot-

(1) La plupart des textes qui vont suivre sont empruntés à M. Lévy (*La Preuve par titre du droit de propriété immobilière*).

tanté. Témoin Papon (*Arrêts notables*, v^o *Revendication*, liv. 8) : « Si est valable la preuve d'un demandeur pour soi dire propriétaire de ce qu'il demande et revendique de dire et montrer qu'il a acquis la chose dont est question d'un qui était possesseur. » Et ailleurs : « Est nécessaire de prouver les causes par lesquelles le demandeur est propriétaire, à savoir d'avoir droit d'un qui était propriétaire. » Ailleurs encore : « Est convaincue l'opinion de ceux qui pensent que sans prouver la propriété non seulement appartenir au demandeur, mais avoir appartenu à son auteur, le possesseur doit être absous. » Mais, d'autre part, il écrit : « Notez que l'action *ad exhibendum* est préparatoire de la revendication, et est le défendeur tenu d'exhiber le titre duquel il s'est vanté. » (Arrêt de Grenoble du 13 décembre 1568.) Le défendeur n'est donc pas dispensé de toute preuve.

L'influence du Droit romain se retrouve très nette dans un autre passage du même auteur relatif à la Complainte : « Je proposerai que je suis propriétaire et possesseur..., que de la dite possession j'ai joui et usé pleinement et paisiblement à bons et justes titres... Est au premier propos de la complainte dit et articulé que... le complaignant est propriétaire à bons et justes titres. N'y a rien en ce cas de superflu ; car, encore que l'on dit que la possession actuelle soit considérable, néanmoins devra toujours tâcher le complaignant de dresser son fait de toutes parts, que l'on puisse voir la possession n'être seulement de fait, mais de droit... Fera bien le complaignant de fortifier la possession de légitime propriété... De deux contendants d'une possession, devra toujours être jugé préféré celui qui aura mieux justifié la possession, par titre plus ancien et supérieur... Si le cas se présente où ni l'une des parties

ni l'autre a titre, mais la seule possession naturelle, en ce cas faudra conserver celui qui jouit actuellement. » On voit que notre vieille procédure possessoire est fortement teintée de Droit romain, puisqu'à lire les textes il n'y a, par définition, ni demandeur, ni défendeur.

Le Grand Coutumier de Jacques d'Ableiges (ch. 51) nous donne la formule de la Revendication. Elle suppose bien encore la preuve à fournir par le revendiquant : « Je à tel titre ai tenu, joui et possédé une maison..., par l'espace de deux, trois, quatre, cinq, dix ans au plus, et nonobstant ma partie adverse a pris et occupé la possession et saisine d'icelle maison indûment et à tort. » Dès avant Beaumanoir, la saisine et la propriété se trouvaient plus ou moins confondues, non seulement en pratique, mais en théorie. C'est ce qui ressort du livre de Jean d'Ibelin, des Assises de Jérusalem, des Etablissements de Saint-Louis et du Grand Coutumier de Normandie. Encore après Beaumanoir, plusieurs textes nous enseignent que le possesseur, pour agir en complainte, n'est pas tenu d'alléguer un titre (Coutumes notoires, n° 181 ; Grand Coutumier de France, liv. II, ch. 19 ; Ancienne Coutume de Vermandois, n° 100-101). Pourquoi, sinon qu'à une époque antérieure il fallait un titre, ce que nous permettent d'affirmer certains documents du pré-Moyen Age (Charte d'Abbeville, 1184 ; Assises de Jérusalem) encore tout imprégnés de la conception germanique de la Preuve réservée au défendeur.

De fait, si nous remontons à l'époque carolingienne, et, par delà, aux Coutumes franques et germaniques, c'est à peine si nous trouvons une action réelle proprement dite. Il faut toujours invoquer contre le défendeur — disons mieux : contre l'accusé — un fait personnel. L'action est dirigée con-

tre celui qui détient la chose *mala ordine, injuste* ou *contra legem*. Conséquence : « le défendeur actionné en revendication d'un immeuble doit prouver son acquisition par témoins ou par écrit. On avait en effet l'habitude de faire dresser par écrit les mutations entre vifs, ou de les opérer en présence de témoins. » En outre, il est tenu de faire connaître son auteur ; sinon, il est établi contre lui qu'il possède injustement. On ne le dispense de cette obligation qu'autant qu'il a acquis l'immeuble en vertu d'une concession royale, ou qu'il peut invoquer en sa faveur un jugement antérieurement rendu le reconnaissant propriétaire. D'où, la pratique des procès fictifs, destinés à fournir à l'acquéreur un titre inattaquable (*in jure cessio* romaine, *fine* anglaise, *commune assurance*). D'ailleurs, à la preuve administrée par le défendeur, le demandeur peut toujours répondre par des moyens semblables, par témoins ou par écrit. En présence de deux preuves contraires se détruisant l'une l'autre, on en vient au serment, ou au jugement de Dieu, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Quand, au XVIII^e siècle seulement, la jurisprudence du Châtelet formula la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre*, il est certain que l'on voulait éviter au possesseur d'un meuble l'obligation d'invoquer un acte écrit constatant son acquisition. On voulait le faire échapper aux dispositions rigoureuses de l'Edit de Moulins. L'adage nouveau, recueilli par le Code civil dans le fameux art. 2279, signifie que la réception de bonne foi d'un meuble en rend propriétaire, comme le fait le juste titre en matière d'immeubles.

Nos anciens auteurs distinguent, avec le Droit romain, la possession de la quasi-possession. Mais ils ont faussé quelque peu cette distinction, en l'ap-

pliquant aux matières féodales. La quasi-possession, dit Dumoulin, ne saurait dispenser de la preuve (*Quasi-possessio non relevat ab onère probandi in servitute reali*). Ainsi, la Preuve est bien considérée comme un fardeau, selon la conception romaine ; mais elle incombe au possesseur, selon la conception germanique. Cette antinomie disparaît dès le temps de Pothier (*Possession*, n° 38) qui assimile la quasi-possession à la possession proprement dite. D'ailleurs, ce que Dumoulin dit de la Preuve relativement à la quasi-possession a trait, nous l'avons vu, aux Coutumes féodales très peu romanisées, dans des cas où le seigneur n'eût pas été recevable au possessoire (*Etiam in simplici possessorio non sufficeret patrono sola quasi possessio, nisi esset immemorialis*. « Comment. sur la coutume de Paris »). Du nod, traitant la question au point de vue du Droit commun, s'exprime ainsi : « Comme la liberté (d'un fonds) est présumée de droit, celui qui agit par l'action négatoire ayant pour lui cette présomption, il ne doit être chargé d'aucune preuve. C'est à la partie qui prétend à la servitude de prouver qu'elle a été constituée ou prescrite, à moins qu'elle ne soit avouée être en possession, parce que sa possession détruirait la présomption de la liberté. »

Enfin, les auteurs ont traité la question délicate de la preuve d'un fait négatif. Il ne leur a pas fallu de bien profondes réflexions pour se convaincre, après les Romains, de la possibilité de prouver une négative. Ils ont bien vu que, dans un litige, quand deux parties soutiennent des prétentions contradictoires, il y a, de part et d'autre, une allégation bien positive, susceptible d'être clairement démontrée ; que toute la différence consiste dans la forme, dans la manière de poser la question. Ainsi, sous l'enveloppe d'une négative, se cache une affirmation bien

tranchée. C'est ce que les anciens auteurs ont appelé, dans leur langage énergique, une négative génératrice (*negativam prænantem*). Elle consiste dans l'allégation d'un fait manifestement incompatible avec un autre fait précédemment allégué, fait qui n'en est pas moins positif pour être articulé sous une forme négative (1).

Il est vrai que les difficultés sont plus grandes pour ce qu'on appelle la négative de fait. Lorsqu'une des parties — généralement le demandeur — met en avant un fait précis, déterminé, la négation opposée par le défendeur semble avoir quelque chose d'insaisissable qui échappe à l'analyse. De là, la vieille maxime : *Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus*. Car celui qui nie est trop souvent obligé d'avoir recours à des inductions, et sa position est alors moins favorable, non parce qu'il nie, mais parce qu'il fait reposer sa preuve négative sur des faits plus ou moins vagues. C'est ce que nous dit Cocceius, dans sa dissertation *De directa probatione negativæ*, publiée en 1698 : *Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest*.

C'est la ruine définitive de la théorie germanique de la Preuve-avantage. Une plus grande expérience

(1) C'est ce qu'explique fort bien Beaumanoir : « Tout soit ce que la négative ne se puist prover, c'est à entendre quant ele est mise avant tout simplement. Me on i pot bien tel coze ajouster qui quiet en preuve, par le quele proeve il appert que le négative; que li deffenderes met avant, est vraie... Si comme se uns hons me demande vingt livres, et je li ni que je ne li doi pas, car je li ai païés, ou il les mes a quités : en tel cas et en sanllavles fes-je le négative prains d'une affirmative; car se je proeve le paiement, donques ai-je bien prové que je ne li devoie pas ». (Coutume de Beauvoisis, ch. 39, n° 50). Cf. la Glose : *Certe, si diligenter attendas, non est aliqua negativa, quæ tacitam non habeat affirmativam*.

des faits, une analyse plus rationnelle de la marche du procès a montré que le défendeur, pour aborder la lutte sur un pied d'égalité, devait se cantonner dans l'expectative, sans assumer le fardeau de la Preuve. Car, surtout aux époques primitives, où il apparaît un peu comme un accusé, sa situation deviendrait intenable, s'il en était réduit à prouver, non l'affirmative, mais — ce qui aurait lieu dans la plupart des cas — la négative. Avec les modes de preuve anciens (ordalie), une telle exigence était, à la rigueur, possible, puisqu'on supposait en faveur du patient une intervention quasi miraculeuse, un bouleversement des lois naturelles. Désormais, il n'en est plus de même. Pour administrer sa preuve, il faudrait que le défendeur produisît des témoins qui ne l'eussent pas perdu de vue, non plus que l'Argus mythologique, et qui rendissent compte de toutes ses démarches : preuve positive, mais moralement impossible. Ici, la négative s'analyse en un nombre infini de propositions affirmatives, comme la ligne courbe se décompose en une infinité de lignes droites. Les faits, pris isolément, n'ont rien que de positif ; la difficulté tient à leur multiplicité. La preuve sera difficile, quelquefois même moralement impossible. C'est cette impossibilité morale, provenant de la nature complexe d'une proposition simple en apparence (*non quia negativa, sed quia indefinita*) qui fera désormais retomber le fardeau de la Preuve : à l'action, sur le demandeur ; à l'exception, sur le défendeur — car ce serait alors au demandeur primitif à prouver la négative indéfinie. C'est, dans l'histoire de la Preuve, une étape que l'on peut considérer comme définitive.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Le Code Civil.

Le Droit commun, en matière de charge de la Preuve, est résumé dans l'article 1315 du Code civil : *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.*

Ces deux propositions, extraites du *Traité des Obligations* de Pothier, présentent le défaut, souvent signalé, d'être formulées au seul point de vue des droits personnels. Pothier avait dit : « Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée. Au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur, qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement. » Le scrupule traditionaliste a maintenu les rédacteurs du Code dans le domaine où se cantonnait Pothier, mais ceci ne veut pas dire qu'ils aient méconnu l'importance et la généralité du problème. Le rapport du tribun Jaubert (séance du 14 pluviôse an XII), dans sa forme un peu emphatique qui trahit son époque, est significatif à cet égard (1).

(1) « C'est là surtout que le législateur a dû profondément

Savoir qui doit prouver présente, en effet, un grand intérêt pratique. Des métaphores vieilles, mais exactes, parlent du « combat judiciaire ». Dans ce champ clos, il y a plus de péril à attaquer qu'à se défendre, et l'expression « fardeau de la Preuve » paraît à certains auteurs « aussi juste qu'expressive ». Ici, pas de paix sans victoire. Lorsque la partie qui était tenue de prouver n'a pas fait la preuve, ou n'a fourni qu'une preuve insuffisante, le juge devra décider contre elle (*Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit*).

Ces vérités aujourd'hui classiques se rattachent à un principe dont il importe de traiter en quelques mots : la neutralité imposée au juge. En matière civile ou même commerciale, le juge n'est jamais autorisé, pour former sa conviction, à s'en rapporter à la connaissance des faits qu'il a pu acquérir en dehors de l'instruction du procès. Cette connaissance personnelle, n'ayant pas subi le contrôle de cette pierre de touche qu'est la contradiction, ne peut offrir aucune garantie (1).

réfléchir sur les habitudes des hommes, sur les dangers dont l'intérêt personnel environne trop souvent la conscience, et sur les précautions qui doivent être prises en faveur de la bonne foi contre l'immoralité. Si tous les hommes étaient justes et sincères, on n'aurait pas besoin sans doute de tant de règles. Mais, outre que l'expérience n'a que trop appris tout ce qu'on doit redouter du vice ou de la faiblesse, ce qui seul justifierait les mesures que la Loi prend pour constater les conventions, nous devons aussi reconnaître que..., les obligations se transmettant d'âge en âge, il est indispensable de fixer les formes qui, seules, peuvent faire retrouver les traces des obligations et la preuve de la libération. Le principe fondamental dans cette matière, est que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que celui qui se prétend libéré doit prouver qu'en effet son obligation a été éteinte ».

(1) Voir parmi les décisions de jurisprudence les plus récentes : Cass., 23 juin 1904. Pand. fr. 1905, 1. 38 ; Cass.,

A *contrario*, l'article 14 du Code de commerce permet, dans des espèces limitativement énumérées, d'ordonner la communication des livres d'un commerçant, et d'y puiser les éléments de preuve nécessaires à former la conviction du tribunal. Mais le principe est qu'un fait ne saurait être tenu pour avéré que si la preuve en a été établie d'après les formes légales. « Le législateur, écrit Demolombe, a eu le soin de déterminer limitativement les modes de preuve qui peuvent seuls être employés en matière civile, en précisant les cas et les conditions sous lesquels chacun de ces modes de preuve pourra être admis. » Le Tribunal civil de Lyon, dans un jugement du 3 juillet 1896 (D. 1897. 2. 93), illustre cette idée en décidant que « tout demandeur est tenu de justifier sa réclamation, le juge n'ayant pas à se substituer à lui pour procéder aux investigations dont ce demandeur a la charge. » Et le tribunal légitimait cette solution, en y voyant une application pure et simple du principe posé par l'article 1315.

« Comment, dit M. G. André (Thèse Paris, 1910), une discussion serait-elle utile et libre, si demandeur et défendeur ignorent également sur quels points elle doit porter, et surtout si le juge s'est formé à l'avance une conviction en dehors des débats, à l'aide de recherches personnelles ignorées le plus souvent des parties ? » Un arrêt déjà ancien (S. 1853. 2. 239) ne laisse aucun doute sur la question : « Considérant que les juges, en opposant ainsi leur propre témoignage aux assertions du demandeur et aux preuves par lui invoquées, ont méconnu la première règle de toute justice : *Ne inauditus condemnetur*, puisqu'en effet la partie ainsi con-

damnée a été placée dans l'impossibilité de discuter l'opinion du juge, d'en démontrer peut-être l'erreur ou l'injustice. » (Cf. Limoges, 14 mars 1894. D. 1896. 2. 361 ; Paris, 20 décembre 1903, *Gazette du Palais*, 1904. 2. 428.)

Quant aux tiers, ils sont, pour les mêmes motifs, rigoureusement écartés de l'enceinte réservée aux seuls adversaires. Il n'y a pas de moderne *cojuratio*. « Si la loi, dit la Cour de Bordeaux, permet aux juges d'ordonner la comparution personnelle des parties, elle ne les autorise pas à faire comparaître et à interroger avec elles des tiers qui ne figurent pas dans le procès, et qui ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins (Bordeaux, 24 juillet 1849. S. 1849. 2. 438).

Puisque le juge ne peut rechercher personnellement les preuves dans un procès civil, on serait tenté de lui reconnaître le droit d'ordonner la production de tous documents utiles, en dehors du consentement des plaideurs. L'article 188 du Code de Procédure lui dénie ce droit ; et, si plusieurs décisions de jurisprudence ont reconnu que les tribunaux pouvaient, dans l'intérêt de la vérité, ordonner la production de pièces non signifiées ou employées au cours des débats, elles subordonnent cette production aux instances des parties. A quel titre le juge pourrait-il, de son initiative personnelle, en ordonner la production, puisque la charge de la Preuve incombe au demandeur ou au défendeur, selon la nature des faits qu'il s'agit d'établir ? (1).

(1) La seule exception, pour la jurisprudence, est l'hypothèse d'une pièce commune, offrant pour les plaideurs un égal intérêt, soit dans la demande, soit dans la défense : par exemple, les titres d'une succession dans laquelle il existe un héritier et un légataire.

D'ailleurs, si l'on est tenu de communiquer à son adversaire toutes les pièces dont on se sert contre lui, dût-il y trouver

Ainsi, un jugement du Tribunal de Mauriac, du 30 mai 1901, s'était fondé, pour ordonner la restitution d'un billet transmis par simple cession, sur une instruction criminelle non produite par les parties et qui n'avait fait l'objet d'aucun débat contradictoire. La Cour de cassation infirma cette décision : « Att. qu'il ne résulte pas du jugement attaqué que cette procédure ait été communiquée aux juges du consentement de la partie qui avait intérêt à la tenir secrète ; d'où il suit qu'en la prenant pour base de sa décision, le tribunal a méconnu les droits de la défense. » (Cass., 29 juillet 1903. S. 1903. 1. 504) (1).

des armes, en revanche, on ne saurait être obligé de lui fournir les titres où il pourrait trouver la preuve de son droit, du moment que l'on n'en fait point usage : *Nemo tenetur edere contra se* (Seine, 17 janvier 1883. Gaz. Pal. 1883, 1.318).

(1) Cf. Civ., 12 novembre 1907. D., 1908, 1.96 : Une Cour d'appel ne peut valablement faire état des explications fournies par un expert, après la clôture des débats. « Attendu que l'arrêt ne constate pas que ces explications nouvelles de l'expert aient été portées à la connaissance des parties, et que celles-ci aient été mises à même de les discuter et d'y contredire ; d'où il suit qu'en faisant état de ces explications, l'arrêt attaqué a méconnu les droits de la défense, et par suite, violé l'article 1315 du Code civil ». Voir encore Civ., 22 févr. 1897, S., 1897, 1.327 : Une Cour d'appel ne peut faire état, à l'appui d'une demande en dommages-intérêts formée contre une Compagnie de chemin de fer, d'une procédure correctionnelle antérieure, sans que la Compagnie ait été mise en demeure de discuter publiquement et contradictoirement cette procédure. Elle méconnaît ainsi, dit l'arrêt, les règles sur la Preuve et le droit de la défense ».

Il est vrai que les parties ont toujours la faculté de renoncer à se prévaloir de la nullité encourue par une semblable décision (Req. 21 mars 1843) : « Attendu que le demandeur s'est conformé au jugement qui ordonnait une enquête sommaire, que cette exécution volontaire donnée par lui sans protestation ni réserves est un véritable acquiescement ». *A contrario*, Civ., 21 octobre 1907, D., 1908, 1.64 : « Attendu qu'il n'appert d'aucun acte de procédure que le demandeur ait

Conclusion : le demandeur a non seulement le devoir de fournir sa preuve ; il en a le droit — on serait tenté de dire le monopole — et ce monopole se traduit par un pouvoir de contrôle sur les actes du magistrat. La règle posée par l'article 1315 est, en effet, une règle de raison et de sécurité sociale tout à la fois. Celui qui émet en justice une prétention quelconque cherche à modifier à son profit l'ordre des relations juridiques actuellement existant. Cet ordre doit être considéré jusqu'à preuve contraire comme conforme à la vérité et à la justice. Le juge ne peut donc rechercher par lui-même la preuve des prétentions des parties. Il n'intervient que pour décider sur la réalité ou la fausseté de ces prétentions, qui se traduit par un degré d'apparence plus ou moins vif. Il en résulte que le demandeur peut présenter sa preuve sous l'angle qu'il veut, et, par là, l'expression « charge de la Preuve » perd beaucoup de sa force. Dans certains cas, la Loi établit à son profit un véritable déplacement de preuve résultant d'une convention. C'est, par exemple, l'article 312, par lequel l'enfant conçu en mariage est dispensé de toute preuve, en vertu de la présomption légale de paternité qui pèse sur le mari. D'autres fois, la Loi limite la charge de la Preuve. C'est le cas de l'article 1132, qui dispense le créancier d'établir tous les éléments de son droit. Il doit seulement en prouver l'apparence, en produisant l'écrit constatant l'obligation souscrite envers lui. La cause en est sous-entendue, et, si elle est illicite, ce sera au défendeur — au débiteur, en l'espèce — qui voudra se prévaloir de cette nullité, à en prouver l'existence.

On distingue ainsi deux sortes de preuves : celles que la Loi impose comme certaines, et auxquelles le

renoncé à se prévaloir des vices d'une mesure d'instruction effectuée en dehors des formes légales ».

magistrat ne peut se dispenser de conformer son jugement, quelle qu'elle soit sa conviction intime, et celles dont l'effet est subordonné à son appréciation, à sa discrétion. Dans la recherche des premières, il doit faire abstraction de sa volonté, dès que les formalités légales sont remplies. Ainsi, l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties, leurs héritiers ou ayants-cause. Les secondes, au contraire, sont subordonnées à la sagesse du tribunal, qui jouit d'un pouvoir d'appréciation beaucoup plus grand. C'est ainsi que, pour la notoriété de la démence, la conviction personnelle du juge peut se manifester. En un mot, les premières sont soumises au régime de la conviction forcée ; les secondes, au régime plus large, plus nuancé, de l'apparence.

Le principe dont l'article 1315 n'exprime que les conséquences a pour lui l'adhésion de la presque totalité de la Doctrine ; mais, ainsi qu'il arrive souvent, les auteurs lui ont donné une figure un peu trop arrêtée. Le traité de Baudry-Lacantinerie (t. XIII, n° 2060) s'exprime ainsi : « La nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses, ou bien à une situation acquise. Rien de plus rationnel. Lorsqu'un fait juridique est l'objet d'une contestation entre deux personnes, avant que le juge ait pu vérifier leurs affirmations contradictoires, l'état de choses que la Loi considère comme ordinaire et régulier doit être présumé exister. On peut, sans doute, le renverser et lui substituer un état exceptionnel ; mais la charge de la Preuve pèse naturellement sur celui qui élève une telle prétention. De même, lorsqu'une situation quelconque est démontrée exister, il est encore permis de la détruire et de la remplacer par une autre ; mais la situation acquise doit jouir des mêmes pré-

rogatives que la situation naturelle : on présume qu'elle existe toujours. Il faut donc également exiger que la partie qui prétend innover, changer le *statu quo*, établisse préalablement la modification qu'elle allègue. »

Aubry et Rau, répudiant, selon leur coutume, les conceptions à priïoristes pour se placer sur le terrain de la pratique, fondent le double principe de l'article 1315 sur la nature des contestations judiciaires et sur la position respective des parties. « Toute demande, écrivent-ils (t. VIII, § 749), tend à obtenir du juge la reconnaissance des prétentions qui en forment l'objet, et à priver le défendeur des avantages de sa position actuelle. Or si, au point de vue de la morale et d'une justice absolue, il pourrait être permis d'exiger du défendeur la preuve de la légitimité de la position dans laquelle il entend se maintenir, la Loi civile n'a pas dû lui imposer une pareille obligation, dont le résultat serait de conférer au juge une sorte de pouvoir inquisitorial et de mettre en péril les droits les mieux fondés, par l'impossibilité où se trouverait le plus souvent le défendeur de justifier sa résistance aux prétentions du demandeur. Quant à l'obligation imposée au défendeur, d'établir l'existence des faits servant de base aux exceptions au moyen desquelles il entend repousser la demande dirigée contre lui, elle se justifie par la considération que, si le défendeur, au lieu de contester le fondement même de la demande, y oppose une exception, il reconnaît, au moins d'une manière hypothétique, l'existence du droit qui forme l'objet de sa demande, et que, dès lors, sa résistance à la réalisation ou à l'exercice d'un droit ainsi reconnu constitue de sa part une prétention dont il est tenu de prouver la légitimité. »

Il est aisé de rattacher à un principe commun ces

affirmations doctrinales. Les auteurs sont partis du postulat de l'indépendance réciproque des hommes, du moins au point de vue de ces « devoirs juridiques » que l'on appelle obligations. La réalité est infiniment plus complexe. Les faits innombrables qui peuvent être source de droits subissent, à un degré toujours plus intense, l'influence du milieu social. A mesure que l'optique juridique gagne en surface, elle tend à perdre en profondeur. On a résolument sacrifié l'espoir un peu chimérique d'atteindre la réalité des faits, pour se contenter de l'apparence. Le juriste n'est pas un géologue, et son ambition n'est pas d'arriver jusqu'au tuf, où ne se rencontrent que des fossiles. Les alluvions déposées au jour le jour par la pratique l'intéressent bien davantage, puisque sur elles s'épanouit la végétation toujours plus touffue de la vie juridique contemporaine. La Preuve reste encore, en théorie, « la démonstration, par certains moyens légaux, de l'exactitude d'un fait » ; mais, pratiquement, elle s'analyse en un faisceau d'éléments de conviction destinés à forcer la croyance du juge, c'est-à-dire d'un homme nourri de conventions et sensible aux apparences. *Celui-là sera obligé de faire la preuve, contre lequel l'apparence existe.* La théorie de la Preuve se ramène, toujours en vertu de ce principe que le juge doit se contenter d'une probabilité qu'il ne peut pas rechercher lui-même, à la théorie de l'apparence ; et c'est pour répondre à cette idée que le Code civil a établi un système assez dense de Présomptions.

L'article 1315 dit bien que le demandeur (à l'action ou à l'exception) doit prouver, mais il ne dit pas ce qu'il faut prouver. Or, un droit est, en général, l'aboutissant d'une série de faits plus ou moins nombreux ; et, parmi ces faits, il en est un dont la preuve suffira à la reconnaissance du droit. Faudra-

t-il toujours et dans tous les cas établir la preuve de ce fait-type, analogue aux *phénomènes cruciaux* de Bacon ; ou suffira-t-il d'apporter la preuve d'un fait antérieur et connexe à celui-là ? En d'autres termes, la preuve à fournir doit-elle nécessairement porter sur le fait ultime qui rend certain le droit (par exemple sur la conclusion des pourparlers qui ont précédé une convention) ?

D'autre part, étant donné le fait sur lequel doit porter la preuve, faudra-t-il établir ce fait dans tous ses éléments ? Si l'on admet ce double phénomène de *déplacement* et de *décomposition* de la Preuve, pour reprendre l'expression de M. Picard, on admet que l'on peut substituer à la certitude judiciaire une simple probabilité. Or, nous savons que la neutralité imposée au juge en matière civile ne lui permet pas de faire état de la connaissance personnelle qu'il peut avoir des faits de la cause, et lui interdit rigoureusement de rechercher lui-même la preuve. Dans cette hypothèse seulement, on pourrait parler de certitude judiciaire. Du moment que l'initiative est enlevée au tribunal, la Preuve est intimement liée aux prétentions des parties, et celles-ci sont juge absolu de ces prétentions. C'est substituer à la certitude la probabilité et sa forme extérieure, l'apparence (1).

Ainsi la maxime célèbre : *Actori incumbit onus*

(1) Ainsi, un arrêt de Poitiers (23 mars 1881, S., 1882, 2.23) règle l'attribution d'un héritage, alors que le testament avait été détruit. La Cour admet que le fait de la lacération impliquait la régularité de l'acte.

De même : Req. 5 décembre 1896 (S., 1896, 1.79) : Une clause d'un contrat de mariage prévoit la restitution des biens de la femme en cas de décès. Le mari prétend qu'une somme de 10.000 francs ne lui a jamais été versée. Les héritiers demandeurs devraient faire la preuve du versement de l'argent, par exemple en montrant la quittance. La Cour, se

probandi ne signifie pas que le fardeau de la Preuve est imposé dans tous les cas à celui qui intente l'action ; car le défendeur peut avoir, lui aussi, à justifier de certains faits. Elle veut dire seulement que le demandeur doit le premier faire une preuve, en établissant — les auteurs disent l'exactitude, nous dirons plus modestement la probabilité des faits qui servent de base à sa prétention. La raison, c'est que la demande tend nécessairement à renverser l'état normal des choses ou une situation acquise.

Quant au défendeur, il peut repousser de deux manières l'action dirigée contre lui. Ou bien il se bornera à nier purement et simplement les faits qui servent de fondement à la demande. Par exemple, si le demandeur lui réclame le montant d'un prêt, il se contente de répondre : « Je ne vous dois rien, vous ne m'avez rien prêté. » Dans ce cas, il n'est

basant sur les termes du contrat, en conclut que la somme a été versée.

Req., 29 novembre 1899 (S., 1900, 1.481) : Le défendeur a payé pendant trois ans des primes à une Compagnie d'assurances maritimes, ou plutôt à son courtier. La Compagnie l'actionne en déclarant les paiements nuls. Pour repousser cette prétention, le défendeur aurait dû prouver l'existence d'un pouvoir autorisant le courtier à toucher pour le compte de la Compagnie. La Cour l'en dispense, et tire la preuve du fait du silence de la dite Compagnie.

Ces décisions semblent en contradiction avec le principe posé par Aubry et Rau : « La partie à laquelle incombe la charge de la Preuve... doit établir chacun des éléments de fait, dont le droit ou le bénéfice légal qu'elle entend faire valoir suppose le concours ». Il est vrai que les mêmes auteurs paraissent se démentir, lorsqu'ils ajoutent : « La partie (qui doit prouver) n'est pas tenue de prouver l'absence des causes ou circonstances dont l'exercice aurait pu faire obstacle à l'acquisition du droit, ou entraîner la déchéance du bénéfice légal qu'elle invoque. Elle n'est pas tenue davantage de justifier que ce droit ou ce bénéfice n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire ».

tenu de fournir aucune preuve. (*Negantis naturalis ratione nulla est probatio.*)

Ou bien le défendeur combat la demande par des affirmations qui n'en sont pas la négation directe. Il dit, par exemple : « Je ne vous dois rien parce que je vous ai remboursé, ou parce que vous m'avez remis ma dette, ou parce que je suis à mon tour votre créancier. » Une telle défense implique la reconnaissance du fait qui sert de fondement à la prétention du demandeur. Elle est une Exception, c'est-à-dire l'allégation d'un fait nouveau, en vue de renverser l'apparence établie. Par conséquent, le défendeur se trouve, au point de vue de la preuve de ce fait nouveau, dans la même condition que le demandeur (*Reus in exceptione fit actor*).

Toutefois, ces maximes, ainsi formulées, revêtent une signification trop étroite. Elles indiquent seulement qui doit prouver la demande et l'exception, alors que les contestations judiciaires, infiniment plus variées et fécondes en incidents comme la vie même, présentent souvent d'autres phases. C'est ainsi que l'exception peut être combattue par tout autre moyen de défense indirecte (réplique), et que la réplique elle-même peut entraîner une duplique. L'ingéniosité des jurisconsultes romains s'était essayée à ces constructions juridiques : « Vous me demandez la restitution d'une chose que vous m'avez prêtée. Je réponds que je suis libéré de mon obligation, parce que la chose a péri par cas fortuit (exception). Vous objectez que la perte de la chose n'a pu me libérer, parce que j'étais en demeure (réplique). Je réponds que la demeure est inopérante, parce que la chose eût également péri chez vous, si elle vous eût été livrée (duplique). » Il n'est pas douteux que le demandeur à la réplique doit prouver le

fait sur lequel elle est fondée, et que la même nécessité s'impose à l'auteur de la duplique.

On voit, par là, que la question de savoir sur qui pèse la charge de la Preuve dépend beaucoup moins des qualités de demandeur et de défendeur, que de la nature des allégations produites en justice. Cette charge incombe à toute partie — demanderesse ou défenderesse, peu importe — qui, dans le cours du procès, avance une proposition contraire à l'apparence, tendant à renverser une situation établie.

La Jurisprudence n'a pas hésité à perdre de vue les principes trop rigides posés par les auteurs. On en trouve un exemple en matière d'Assurances sur la vie. Une clause formelle des polices françaises exclut le risque de suicide. Toutefois, on reconnaît que l'assurance ne doit pas être annulée, si le suicide a été inconscient. Ceci posé, lorsqu'il y a procès entre les ayants-cause du suicidé et l'assureur, comment se règle la question de la preuve ? Sur ce point, les auteurs n'hésitent pas. C'est à l'assureur de prouver le fait même du suicide. Mais, une fois cette preuve faite, les rôles changent, et c'est aux bénéficiaires du contrat d'établir que le suicide a été involontaire, car la folie ne saurait se présumer. Ils allèguent un fait nouveau, et, en ce qui regarde ce fait, le fardeau de la Preuve doit peser sur eux.

Cependant, la jurisprudence décide qu'il incombe au contraire à l'assureur de prouver, non seulement le fait même du suicide, mais aussi la volonté qu'aurait eu l'assuré de mettre fin à ses jours. (Paris, 30 novembre 1875. S. 1877. 1. 26 ; Req., 3 août 1876. S. 1877. 1. 25 ; Lyon, 17 février 1891. S. 1891. 2. 115 (1) ; Paris, 16 juillet 1892. S. 1892. 2. 199).

(1) Cet arrêt, quelque peu incohérent dans ses motifs, après avoir dit que le suicide ne peut faire présumer la folie, rattache tant bien que mal sa décision à la théorie de la faute :

Cette jurisprudence, disent les auteurs, a le grave défaut de ne pas distinguer la réplique et l'exception. Du moment qu'il n'y a pas présomption de folie, il faut distinguer deux allégations successives, l'une formulée par l'assureur: « Il y a eu suicide »; l'autre émanant des bénéficiaires de la police et destinée à paralyser l'effet de la première: « Le suicide a été inconscient. » Or, chaque partie étant tenue, en doctrine, d'établir les faits qu'elle avance et qui tendent à enlever à l'autre le bénéfice d'une situation acquise, la preuve de l'inconscience doit être mise à la charge des ayants droit de l'assuré. On voit combien ces constructions doctrinales peuvent se heurter aux solutions de la jurisprudence.

Une autre théorie — celle-là abandonnée — enseignait que celui qui allègue un fait négatif n'est pas tenu de le prouver, du moins lorsque la preuve en est impossible (*Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat*). C'est là un des plus célèbres exemples de ces argumentations de pure forme, fréquentes en matière de Preuve, auxquelles les auteurs se croient obligés de consacrer encore quelques développements. Sans doute, entre deux parties dont l'une avance une proposition, tandis que l'autre la nie, en se bornant à rester sur la défensive, la preuve incombe toujours à la première (*qui dicit*) et jamais à la seconde (*qui negat*). Mais les rôles changent dès que l'adversaire avance de son côté une proposition quelconque. Il est alors *qui dicit* et doit toujours

« Considérant... que la preuve de la responsabilité résultant de la faute doit être, aux termes du Droit commun, rapportée par la partie qui prétend en tirer avantage ». La question a, d'ailleurs, perdu tout intérêt pratique, car les Compagnies d'assurances ont pris l'habitude d'insérer dans leurs polices une clause portant que « la preuve de l'inconscience de l'assuré suicidé sera à la charge des bénéficiaires de l'assurance ». (Trib. com. Seine, 22 novembre 1902, *Gaz. Pal.*, 1903, 1.273).

prouver sa prétention. Au surplus, la preuve d'un fait négatif peut toujours être ramenée à celle d'un fait positif contraire, susceptible d'être prouvé directement. Alléguer qu'un individu n'est pas Français, revient à dire qu'il a une autre nationalité, ou qu'il est déchu de la qualité de Français.

Il est, à vrai dire, des négatives tellement indéfinies, que la preuve en devient impossible. Mais l'impossibilité, même absolue, où se trouverait le demandeur, de prouver les faits servant de base à sa demande, ne saurait être un motif de le décharger du fardeau de la Preuve. Nous ne parlons pas des dispositions législatives qui lui imposent incontestablement l'obligation de prouver les faits négatifs, quels qu'ils soient, sur lesquels sa demande est fondée. Mais — c'est la raison pour laquelle nous n'accordons pas plus d'importance à la question — il est difficile de comprendre que de pareilles négatives puissent former l'objet de contestations judiciaires, puisque les faits auxquels se rattachent l'acquisition et l'extinction des droits sont d'ordinaire limités et situés par des coordonnées de temps et de lieu, qui en rendent la preuve parfaitement possible.

C'est ainsi que le demandeur en déclaration d'absence est tenu de prouver que l'absent présumé n'a donné aucune nouvelle depuis sa disparition ; que le successeur irrégulier, qui demande l'envoi en possession d'une succession, est tenu de prouver qu'aucun parent légitime ne s'est présenté pour la réclamer ; que le demandeur en répétition de l'indû est tenu de prouver qu'il ne devait rien à la personne qui a reçu le paiement ; enfin, que le titulaire d'un droit subordonné à la condition suspensive d'un fait négatif est tenu de prouver l'existence de ce fait.

Une autre hypothèse montre bien le rôle de l'idée

d'apparence, en une matière où les constructions doctrinales ne fournissent aucune solution. C'est le cas où le litige a pour objet un droit réel sur la chose d'autrui, dont le titre constitutif remonte à plus de trente ans. Est-ce au propriétaire qui se prévaut de l'extinction de ce droit par le non-usage, à prouver ce non-usage ; ou, au contraire, appartient-il à son adversaire d'établir la conservation du droit par son exercice depuis moins de trente ans ? Une telle question dépend d'un élément de fait : celui de la possession actuelle ; de sorte que la charge de la Preuve incombe soit au propriétaire, soit à l'autre partie, suivant que celle-ci a ou n'a pas la possession actuelle du droit litigieux (Civ., 28 août 1834. S. 1834. 1. 609 ; Req., 15 février 1842. S. 1842. 1. 344).

D'une manière générale, en prenant les exemples ordinairement cités par les auteurs, sans plan d'ensemble et comme au hasard, il est aisé de retrouver, dans toute cette mosaïque d'arrêts, une teinte de fond qui est l'apparence. La Preuve exigée n'est pas uniforme dans son étendue. Elle sera d'autant plus délicate, d'autant plus difficile, qu'il existera des apparences plus fortes contre celui qui en a la charge.

Ainsi, le demandeur qui réclame le paiement d'une somme d'argent, en vertu d'un billet non causé, est tenu de prouver l'existence de la cause qu'il assigne à l'engagement contracté par le souscripteur. De même, celui qui repousse une action ou une exception de nullité, en se fondant sur l'exécution donnée à l'acte par l'autre partie, est obligé non seulement d'établir le fait même de cette exécution, mais encore de prouver qu'elle a eu lieu en connaissance de cause et dans l'intention de couvrir le vice de l'acte. De même encore, celui qui veut poursuivre l'exécution d'une obligation fondée sur

un titre perdu, doit d'abord prouver l'accident de force majeure qu'il allègue ; ensuite, que le titre prétendu détruit ou perdu par un événement fortuit existait avant cet événement ; enfin l'existence de sa créance, de sa libération ou du fait juridique quelconque qu'il allègue. Dans ces divers cas, il y a aggravation du fardeau de la Preuve.

A l'inverse, celui qui invoque la prescription n'est pas tenu de prouver que le cours n'en a été ni suspendu, ni interrompu. Semblablement, le propriétaire qui forme une action négatoire n'a d'autre preuve à faire que celle de son droit de propriété, et n'est pas tenu de justifier de l'absence de toute servitude au profit de la partie adverse. Il y a restriction, allègement de la Preuve (1).

(1) En principe, la preuve judiciaire n'a pour objet que la constatation de points de fait susceptibles d'être déniés. Cependant, par exception, elle peut porter sur les règles de Droit à appliquer, et les principes concernant la charge de la Preuve reçoivent, en ce cas, leur application. Ainsi, la partie qui se prévaut d'un usage local à l'appui de sa prétention, doit en prouver l'existence. De même, lorsqu'une loi étrangère est applicable à la cause, il appartient à celui qui invoque cette loi d'en fournir la preuve.

APPENDICE

Les Présomptions

La Loi est allée plus loin. Elle dispense parfois de faire la preuve de certains faits, elle les tient à l'avance pour établis, elle en proclame à priori l'exactitude. Ces Présomptions, exceptionnelles de leur nature, ne peuvent naître et se multiplier que dans un système de législation avancée, où les nécessités sociales subordonnent souvent ce qui est à ce qui semble. Les auteurs les expliquent ordinairement par des raisons d'intérêt supérieur. Sans doute, mais il les faut surtout rattacher à ce phénomène universel de l'apparence, qui accompagne, dans tous les domaines, l'extension progressive de la Loi (1). Quand les Psylles, au dire de Varron, exposaient leurs nouveau-nés à la morsure des serpents ; quand les Germains du Nord les abandonnaient au cours des fleuves, pour éprouver leur légitimité ;

(1) Les auteurs du siècle dernier, visiblement dominés par la conception de l'autonomie de la volonté, ont entrepris de relever, à la base de certaines présomptions légales, l'existence d'un contrat tacite ou d'une volonté supposée. Lorsque la Loi, disaient-ils, fait de la communauté le régime des époux mariés sans contrat, elle présume un contrat tacite. De même, en cas de décès *ab intestat*, la dévolution légale s'explique par la volonté présumée du défunt. Cette explication ingénieuse, mais dont le caractère artificiel se trahit par son défaut de généralité, subit aujourd'hui l'éclipse qui s'attache à la théorie toute entière de la volonté. Elle n'est, d'ailleurs, nullement irréductible à celle que nous tentons ici. La volonté présumée, le contrat tacite, ne sont-ils pas des apparences ?

quand le Romain de l'âge classique soulevait son enfant dans ses bras pour l'accueillir au foyer des ancêtres, l'intérêt qui s'attachait à cette reconnaissance était bien plus considérable qu'aujourd'hui, où la différence entre la condition de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime décroît de jour en jour aux yeux de la Loi. Celle-ci a voulu simplement consacrer une hypothèse normale, un état d'apparence particulièrement fort. Elle a donc établi une présomption de légitimité en faveur des enfants nés d'une femme mariée, plus de 179 jours après la célébration du mariage, ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution (art. 312).

De même, lorsqu'un créancier remet volontairement à son débiteur le titre constatant sa créance, l'article 1282 voit dans ce geste une présomption de libération. De même encore, pour empêcher qu'un litige terminé par un jugement définitif ne soit recommencé sur les mêmes bases, entre les mêmes parties agissant en la même qualité, la Loi tient la décision rendue pour conforme à la vérité, et interdit de porter la chose jugée devant une nouvelle juridiction (articles 1350, 1351).

La Présomption, étant la reconnaissance légale d'un état d'apparence fort et constant, est susceptible de degrés. La conséquence sera, suivant les cas, l'interdiction de la preuve contraire, ou sa restriction. Le demandeur n'aura rien à prouver : c'est l'adversaire qui devra justifier sa défense, ce qu'il ne pourra pas toujours. C'est ainsi qu'on ne peut rien prouver contre la prescription accomplie, sauf à contester cet accomplissement et à faire la preuve de la mauvaise foi ; que, dans les accidents du travail, le patron, étant présumé en faute, ne peut administrer la contre-preuve, sauf à établir de la part du salarié une faute grave équivalente au dol.

De même encore, la présomption de paternité pesant sur le mari du fait du mariage permet une contre-preuve plus ou moins étendue, qui va de la preuve directe à la simple dénégation, suivant qu'il s'agit ou non d'enfants nés et conçus en mariage.

Mais il est des cas où le degré d'apparence, combiné avec les nécessités d'intérêt général, revêt une particulière énergie et ne peut être détruit par aucune preuve. Telles sont, par exemple, l'autorité de la chose jugée (1), ou encore les Présomptions per-

(1) Nous sommes appelés à rencontrer maintes fois la Présomption de chose jugée. Cette question se présentant sous la forme d'une exception opposée à toute nouvelle demande formée sur une affaire déjà jugée, intéresse directement notre sujet. Nous croyons donc utile d'en donner ici un aperçu sommaire :

On pourrait penser que la règle de l'art. 1351 a le caractère d'une règle d'ordre public. La jurisprudence lui reconnaît ce caractère, lorsqu'elle décide que la présomption de vérité attachée aux décisions judiciaires ne peut être infirmée, même par l'aveu ou le serment. Mais, à un point de vue opposé, les tribunaux décident que l'exception en résultant doit être expressément opposée par la partie intéressée, laquelle peut, d'ailleurs, y renoncer.

Relativement à l'identité d'objet, on décide que la demande ne sera pas forcément soumise à l'exception, parce qu'elle tend à faire résoudre la même question que la précédente. Ainsi, le jugement qui a statué sur des droits d'enregistrement afférents à une période déterminée, ne s'oppose pas à ce qu'une nouvelle demande conclue à la perception d'autres droits ultérieurement encourus (Civ., 10 juillet 1901, D., 1901, 1.550). A l'inverse, celui qui a succombé dans la demande portant sur l'intégralité de la chose litigieuse, ne peut plus être admis à en réclamer ensuite partie ou accessoire, par exemple les intérêts d'une somme réclamée d'abord en capital. Mais celui qui aurait triomphé dans la demande de la chose principale, pourrait réclamer ensuite l'accessoire, s'il avait omis de le faire. (Req., 10 janvier 1910, D., 1911, 1.370). Le rejet d'une demande d'intérêts ne mettrait pas obstacle à ce que le demandeur réclamât ensuite le capital, pourvu que le rejet n'ait pas été motivé par l'inexistence de la créance. Que si la demande

mettant d'annuler certains actes : présomption d'interposition de personnes dans les donations (articles 911, 1100), présomption de libéralité imputable sur la quotité disponible, en ce qui concerne les aliénations faites par le défunt à l'un de ses successeurs en ligne directe, à charge de rente viagère (Civ., 26 juillet 1899. D. 1902. 1. 433). De même,

d'intérêts est accueillie, comme cela suppose l'existence de la créance principale, le débiteur ne pourra la discuter si le créancier la réclame ensuite en capital.

Relativement à l'identité de cause, on peut valablement, par une nouvelle demande, tendre au même résultat qu'on n'avait pu atteindre précédemment, si l'on invoque à l'appui de sa prétention, non un nouveau moyen, mais un fait juridique différent. Ainsi, après avoir poursuivi vainement la nullité d'un testament pour vice de forme, l'héritier peut la demander en se fondant sur l'insanité du testateur (Req., 29 octobre 1900, D., 1901, 1.217). De même, l'assuré qui aurait été condamné au paiement de sa prime au profit de la Compagnie pourrait, pour éviter le paiement, établir dans une instance postérieure la résiliation de sa police, pourvu que cette question n'eût pas été jugée par la première décision (Civ., 1^{er} février 1909, D., 1909, 1.248).

Par contre, en matière d'actions réelles, peu importe le titre invoqué. Le revendiquant est présumé avoir déduit en justice tous les titres d'acquisition possibles. Du moment que la propriété d'une chose a été refusée au demandeur, il ne pourrait renouveler sa revendication, en invoquant, par exemple, une donation au lieu d'un achat (Civ., 7 mai 1861. D., 1861. 1.273). Cependant, la nullité d'un partage, vainement demandée pour cause de lésion, a pu être obtenue ensuite pour inégalité des lots, sans que le demandeur se soit vu opposer l'exception de chose jugée. (Req., 29 octobre 1900, D., 1901, 1.217)

La question se pose encore relativement à l'autorité, en matière civile, de la chose jugée au criminel. Si, par exemple, la cause d'un acquittement est la négation du fait incriminé (homicide par imprudence), une poursuite en dommages-intérêts ne pourra être intentée (Civ., 27 mars 1906 ; D., 1907, 1.230). Il en est de même, lorsque le premier jugement est fondé sur l'insuffisance de la preuve. L'impossibilité d'établir le fait reproché doit être considérée comme avérée,

celles en vertu desquelles la loi dénie l'action en justice : présomption qui sert de base à la prescription libératoire (article 2262), présomption de libération du débiteur par la remise volontaire du titre constatant la dette, présomption de mitoyenneté des articles 654, 666 et 670. Enfin, le Droit commercial, expéditif et souple de sa nature, allant moins au fond des choses que le Droit civil, nous offre un système touffu de Présomptions, irréfutables pour la plupart. Ainsi, l'acceptation supposant la provision à l'égard des endosseurs d'une lettre de change (C. Com., art. 117), la présomption de commercialité frappant les billets souscrits par un commerçant (C. Com., art. 638).

du moment qu'elle a été affirmée par le juge répressif. (Civ., 28 avril 1903 ; D., 1903, 1.414).

Au contraire, il n'y a pas obstacle à l'introduction d'une demande civile, lorsque la cause de l'acquittement n'implique pas la négation du fait incriminé. Si le défendeur a été acquitté comme ayant agi sans discernement, cet acquittement ne s'oppose pas à ce que le demandeur fasse, devant le juge civil, la preuve qu'il avait une connaissance suffisante de ses actes pour tomber sous le coup de l'art. 1382 (Besançon, 17 décembre 1902 ; D., 1903, 2.406). De même, lorsque le fait allégué n'est pas inconciliable avec celui dont l'acquittement implique la négation. Si un wattman, poursuivi pour n'avoir pas fait usage de l'avertisseur, est acquitté de ce chef, la victime pourra ultérieurement poursuivre la Compagnie en dommages-intérêts, en invoquant devant le juge civil une autre faute du préposé, en l'espèce un excès de vitesse (Civ., 6 mai 1901 ; D., 1905, 1.475). Ou encore, l'individu trouvé en possession d'un titre dépendant d'une succession, et inculpé de vol, a été acquitté par ce motif que « les circonstances ne permettaient pas de conclure à l'impossibilité d'un don manuel ». Comme il ne résulte pas de là la preuve d'une possession régulière, l'héritier du défunt pourra introduire au civil une demande en revendication, en alléguant le caractère équivoque de la possession du défendeur. (Req., 18 mars 1907 ; D., 1907, 1.201).

CHAPITRE II

La Loi la Jurisprudence et la Doctrine

Ces principes généraux étant posés, voyons quelle application leur a donnée la Jurisprudence. C'est par milliers qu'on pourrait compter les arrêts rendus en matière de charge de la Preuve ; et, là encore, nous remarquons le souci apporté par les juridictions des divers ordres à ne pas se présenter comme créatrices de la Loi. Les tribunaux ont à leur disposition un texte aussi général que possible (dans le fond, sinon dans la forme), l'article 1315, et ils n'hésitent pas à y rattacher leurs atteintes les plus audacieuses au principe posé à priori par le Code civil.

Un arrêt ancien de la Chambre des Requêtes (21 novembre 1826. D. 1827. 1. 62) nous fournit un premier exemple de l'élasticité donnée aux formules légales. Il s'agissait d'une vente de terrains indivis, dépendant d'une succession vacante. Une partie avait été affermée à un sieur Wissocq, dont la concession était expirée le 16 février 1800. Ce dernier fut maintenu en possession par un jugement du 7 novembre 1820. Les curateurs demandèrent alors la restitution des terres affermées, prétendant que le titre du défendeur était soumis à certaines conditions de validité, fixées par une ancienne Ordonnance de 1754, et qu'il appartenait à Wissocq de prouver que ces conditions avaient été remplies par ses auteurs, Wissocq prétendait, au contraire, que

c'était aux demandeurs à prouver qu'il avait encouru la déchéance, et ses prétentions furent accueillies par un jugement du 5 avril 1824, confirmé par un arrêt de Douai du 5 janvier 1825.

Un pourvoi fut formé, pour violation des principes généraux de la Preuve. La Cour d'appel, disait-on, a imposé au demandeur l'obligation de prouver que le défendeur n'avait pas produit son titre. De même que tout demandeur doit prouver son action, tout défendeur doit justifier son exception (*Reus in exceptione fit actor*). Or, la Cour a assujéti les demandeurs à prouver l'allégation du défendeur. De plus, en condamnant ceux-là à établir la non-production des titres, elle s'est mise en contradiction avec le principe qu'on ne peut imposer l'obligation de prouver un fait négatif.

La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, pour les motifs suivants : « Attendu que celui qui possède et qui a en sa faveur un titre conforme à sa possession, ne doit rien prouver, et que le demandeur qui l'attaque est seul tenu du poids de la Preuve... Sur la deuxième partie du moyen : Attendu que l'impossibilité même de prouver ne dénature point la qualité des parties, et ne fait pas tomber sur le défendeur l'obligation d'une preuve qui, formant la base de la demande, est essentiellement à la charge du demandeur... » Qui ne voit, sous cette interprétation très large de l'article 1315, s'ébaucher une conception moins théorique, moins préoccupée de la qualité respective des parties que du souci de protéger une situation acquise et consolidée par l'apparence ?

Un autre arrêt de Requête du 23 novembre 1840 (D. 1841. 1. 40) n'est pas moins significatif. Les époux Caron actionnaient la commune de Sinceny, pour voir reconnaître leur droit de propriété sur

un sentier. La commune offrit de prouver que ses habitants avaient fait du dit sentier un usage continu, pendant plus de trente ans. Le 31 janvier 1838, un jugement adjugea à la commune la propriété de la voie litigieuse. Sur appel, la Cour d'Amiens rendit un arrêt infirmatif, qui considère que les titres des appelants comprennent le sentier dans les limites de leur propriété ; que la commune, au contraire, ne justifie d'aucun titre, et que, pour réclamer, à défaut de propriété, une servitude de passage, il faudrait qu'elle prouvât une possession de quarante ans avant l'apparition du Code civil.

Pourvoi fut formé pour violation de l'article 1315, en ce que la Cour d'Amiens a condamné la commune qui n'avait pas justifié de ses titres, alors qu'en sa qualité de défenderesse elle n'avait aucune preuve à faire. La Cour suprême rejeta le pourvoi en ces termes : « Att. que la commune n'avait aucun titre de propriété relatif au chemin qu'elle réclamait, et qu'elle n'en avait pas non plus la possession ; que, dans cet état de choses, c'était à elle à prouver les droits qu'elle prétendait. » Ici encore, la stricte application de l'article 1315 cède le pas à des considérations plus subjectives — en un mot, à l'idée d'apparence.

La question s'est encore posée relativement aux Servitudes. Comment un propriétaire, agissant comme demandeur, peut-il prouver qu'il n'existe pas de servitude sur son fonds ? On a résolu la difficulté en obligeant le défendeur, non pas à prouver son droit — ce qui serait une violation trop flagrante des principes généraux de la Preuve — mais à alléguer le titre auquel il le rattache. Les auteurs (v. Bonnier, *Traité des Preuves*, n° 44) se sont efforcés vainement de justifier ce renversement. D'après eux, le défendeur à qui l'on conteste un droit de ser-

vitute n'aurait qu'à dire : « Je possède cette servitude en vertu d'un testament, d'une donation ou d'une vente », sans être tenu d'énoncer le temps, le lieu où l'acte a été passé, ni aucune des circonstances qui pourraient en justifier l'existence ; car, alors, ce ne serait plus une simple allégation, mais une preuve qu'on mettrait à la charge du défendeur. A son tour, le demandeur serait tenu de prouver que ces actes n'existent pas, ou qu'ils ne sont pas attributifs de droit.

On voit la subtilité d'une pareille distinction. Au lieu d'obliger le demandeur à prouver qu'il n'existe pas de servitude sur son fonds, on veut le forcer d'établir qu'il n'existe pas d'acte constitutif de cette servitude. La réalité, telle qu'elle ressort des arrêts, est beaucoup plus simple. C'est au défendeur à justifier de son droit à la servitude qu'il prétend exercer, parce que le demandeur se trouve protégé par une apparence — toute propriété étant présumée libre entre les mains de celui qui la possède.

La difficulté est plus grande lorsque, le titre constitutif de la servitude étant représenté, le propriétaire soutient qu'elle est éteinte par le non-usage depuis trente ans. Est-ce à lui de prouver l'extinction, ou à son adversaire de justifier la continuité de la servitude ? Un arrêt de Requête du 15 février 1842 (J. G. D., *Preuve*, II-52) a résolu la question au profit du défendeur. D'après lui, le demandeur qui réclame, en vertu d'un titre ancien, le maintien d'une servitude dont il n'a pas la possession actuelle au moment de l'instance, doit prouver qu'il a exercé cette servitude depuis moins de trente ans, à l'effet d'en empêcher l'extinction. Quant au défendeur, il n'a rien à prouver et doit être libéré de la servitude, par cela seul que sa non-extinction n'est pas justifiée par le demandeur. Il s'agissait,

en l'espèce, d'une servitude d'entretien. Le deuxième moyen du pourvoi se basait sur la violation de l'article 1315, en ce que l'arrêt attaqué avait mis à la charge du créancier la preuve de la non-extinction de l'obligation, tandis que c'était au défendeur, qui se prétendait libéré, de justifier son exception.

Sur les conclusions du conseiller rapporteur et de l'avocat général, la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi par les motifs suivants : « Att. que la partie qui, en qualité de demanderesse, réclame, en vertu d'un ancien titre et d'une possession ancienne, la servitude, sans avoir la possession actuelle, est seule dans l'obligation de prouver que, dans les trente années antérieures à cette époque, elle a exercé la servitude de manière à en avoir interrompu la prescription ; qu'en effet, dans l'impossibilité où cette partie demanderesse se trouve, de joindre la possession actuelle à la possession ancienne, elle ne peut s'aider de la présomption légale que l'ancienne possession se soit continuée dans le temps intermédiaire... » Quel sens donner à ces formules assez peu claires, sinon qu'il existe contre le demandeur une apparence qui suffit, malgré la lettre de l'art. 1315, à lui imposer, dans l'exception même, la charge de la Preuve ?

Ces quelques arrêts pris au hasard nous ont montré quels aspects, entre mille autres, peut revêtir cette question protéiforme. Nous en aurons une idée moins incomplète, en faisant la revue des principales situations à propos desquelles les tribunaux ont été amenés à se prononcer. Travail immense, s'il était complet, puisqu'il s'agirait tout simplement d'épuiser les différentes rubriques d'un traité de Droit civil et de Droit commercial. Il n'est pas exagéré de dire qu'au fond de presque tous ces composés plus ou moins homogènes que sont les diffé-

rentes espèces prévues par la Loi ou réalisées par les circonstances, on retrouve à l'analyse ce corps simple qui est la Preuve. Nous avons vu qu'en cette matière il fallait au juriste la « tête historique » que Roscher exigeait de son école ; nous dirions volontiers qu'il lui faudrait aussi une tête encyclopédique. La société moderne, avec son organisation de plus en plus puissante, son armature de plus en plus serrée, ne laisse à l'individu qu'une poussière de droits, émiettement du bloc compact de sa liberté primitive. Par un juste retour de fortune, elle offre de garantir ces droits, d'en faire, parmi cette faillite générale de l'individualisme, une créance privilégiée de l'individu, une sorte de tiers consolidé. Pour obtenir cette protection sociale, seule garantie efficace des droits à lui concédés, l'homme est donc porté à attacher à la Preuve une importance croissante, à rejeter autant que possible ce fardeau sur l'adversaire, à créer en sa faveur un état d'apparence aussi fort qu'il se peut. C'est, autour de la Preuve, une lutte à rebours.

Pour toutes ces raisons, nous n'avons pas — et nous ne pouvons avoir — la prétention de tout dire. Mais, étant donné la généralité, l'ubiquité du problème, il nous a semblé que l'ordre le meilleur était encore celui qu'une méthode traditionnelle assigne à l'étude des matières civiles et commerciales. Ordre point très original, sans doute, et que l'on jugera peut-être suranné ; mais qui, à défaut d'autres mérites, a celui d'être aussi complet que possible, tout en se conformant au plan général qui présida à la confection des pièces capitales du système législatif français. Nous nous référerons, chemin faisant, à une jurisprudence extrêmement abondante. Dans cette floraison touffue d'arrêts, c'est l'idée d'apparence qui sera notre fil conducteur, et nous verrons

qu'il ne s'agit pas là d'une hypothèse à priori, mais bien d'une formule scientifique constamment vérifiable.

SECTION PREMIERE

LES PERSONNES

Un premier exemple est celui de l'article 202, concernant le mariage putatif. Suivant certains auteurs (Demolombe, Laurent), c'est aux époux à prouver leur bonne foi, celui qui invoque une exception devant justifier qu'il se trouve dans les conditions exigées par la Loi pour en profiter. D'autres, comme Aubry et Rau, distinguent suivant que la bonne foi résulte d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Dans le premier cas, la mauvaise foi des époux devrait être prouvée contre eux ; dans le second, il appartiendrait à ceux-ci d'établir leur bonne foi. La jurisprudence, au contraire, supposant que les époux étaient de bonne foi au moment du mariage, impose à celui qui allègue leur mauvaise foi la charge de la prouver dans tous les cas (Civ., 5 novembre 1913. D. 1914. 1. 281).

De même, à propos de l'article 225, lorsqu'un acte passé par une femme mariée est attaqué pour défaut d'autorisation, le fardeau de la Preuve n'incombe pas à la femme. C'est à ceux qui ont contracté avec elle à prouver qu'elle a été légalement autorisée, ou qu'elle jouissait de la pleine capacité civile. Ainsi, la femme qui demande la nullité d'une obligation dans laquelle elle s'est déclarée veuve, n'est pas tenue de fournir la preuve de l'existence de son mari à l'époque où le contrat est intervenu (Dijon, 1^{er} juin 1854. D. 1856. 2. 230). Pareillement, une femme est recevable à demander la nul-

lité d'un acte intervenu entre elle et un tiers, sans être tenue de justifier préalablement de l'existence de son mari au moment du contrat, lorsqu'il résulte de quelque énonciation du dit contrat que les autres parties lui ont reconnu la qualité de femme mariée (Alger, 27 juin 1855. D. 1856. 2. 275).

En matière de procédure du Divorce, l'article 239 a consacré certaines particularités touchant la Preuve. On sait que la production des lettres missives échangées entre un des époux et un tiers est admise, ce qui semble bien constituer une dérogation à la règle essentielle du secret des lettres. Cependant, le droit qu'ont les époux de s'appuyer sur la correspondance de leur adversaire souffre cette importante restriction, qu'ils ne doivent pas se l'être procurée par des moyens illicites, dont l'appréciation appartient d'ailleurs souverainement aux tribunaux. Mais, l'emploi de ces moyens ne se présument pas, celui qui produit les lettres missives n'a pas à établir qu'elles sont venues entre ses mains par des moyens honnêtes. C'est à celui qui prétendrait écarter ces preuves du débat, de démontrer que leur production est le résultat d'une manœuvre déloyale, ou, à tout le moins, abusive (Civ., 13 juillet 1897. D. 1900. 1. 43 ; Req., 19 juillet 1909. D. 1909. 1. 503).

Mais c'est en matière de Filiation que la question de Preuve revêt une importance prépondérante (art. 312 et suivants). C'est que, sur ce terrain où la démonstration directe est impossible, nous ne sommes pas plus avancés qu'aux temps lointains où le Droit et la Preuve se confondaient. Etre enfant légitime, c'est être à même de prouver quatre faits différents : que sa mère a eu un enfant, que cette femme était mariée, que son enfant a été conçu en mariage, et qu'il est issu du mari de cette femme.

Or, si les deux premiers faits peuvent être facilement établis, les deux autres constituent un véritable mystère. Aussi la Loi a-t-elle construit à ce sujet un système de présomptions qui fonctionne en quelque sorte automatiquement. De la double obligation de fidélité et de cohabitation imposée à la femme mariée par l'art. 212, elle tire la règle que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Pour que cette présomption soit valable, elle a fixé de 180 à 300 jours, d'après les données de la physiologie, les limites extrêmes de la gestation.

La jurisprudence a déduit, avec beaucoup de fermeté, les conséquences de ce principe essentiel, que la paternité légitime ne se démontre pas, mais découle nécessairement du fait que la filiation de l'enfant est établie à l'égard d'une femme mariée (Req., 1^{er} février 1876. D. 1876. 1. 323 ; Bordeaux, 31 mai 1893. D. 1894. 2. 551 ; Req., 22 juillet 1913. S. 1913. 1. 351). Même en cas d'absence du mari, c'est-à-dire dans une hypothèse où l'existence et la mort de l'absent sont également douteuses, l'enfant conçu dans les limites légales doit être, malgré l'opinion unanime de la Doctrine, réputé enfant légitime de celui-ci (Civ., 15 décembre 1863. D. 1864. 1. 153). Pour exercer l'action en désaveu, les héritiers de l'absent devraient être à même de démontrer la mort de leur auteur, ce qui, dans l'espèce, est impossible (Douai, 18 novembre 1861. D. 1862. 2. 25).

On sait toutefois que la présomption de paternité n'est pas entièrement assimilable aux présomptions absolues. La Loi admet, dans certains cas, le mari à écarter la règle de l'article 312, au moyen de l'action en Désaveu. Les cas où le désaveu de paternité est possible en Droit français sont strictement limités par notre Code, à la différence des Codes plus

récents — allemand (art. 1591) ou suisse (art. 254) — lesquels disent simplement que le mari pourra repousser la paternité, en démontrant qu'il est impossible qu'il soit le père de l'enfant né de sa femme. Ces derniers consacrent par là le système de l'apparence, et, suivant leur méthode favorite, c'est à la jurisprudence qu'ils confient le soin d'en faire l'application.

La Loi française, en adoptant le système impératif, a cru devoir nuancer elle-même la présomption de paternité ; mais il va sans dire que ces classifications un peu absolues, comme toute classification légale, sont loin d'avoir la souplesse des méthodes jurisprudentielles, et il est permis de le regretter.

La présomption de paternité a chez nous trois degrés : non seulement elle s'applique aux enfants nés et conçus pendant le mariage, mais elle étend le bénéfice de ses dispositions : aux enfants nés avant le 180^e jour, à ceux nés plus de 300 jours après l'ordonnance fixant un domicile séparé aux conjoints en instance de divorce, à ceux nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage. A côté du domaine normal, il y a donc deux domaines accessoires, dans lesquels la présomption, l'apparence est moindre.

A ces divers degrés correspondent deux types de désaveu. Le premier ne vise que les enfants nés et conçus en mariage, c'est-à-dire à une époque où la présomption de paternité joue pleinement. L'apparence étant très forte à son encontre, le mari devra faire une preuve, sinon directe, du moins aussi absolue que possible, de sa non-paternité : c'est-à-dire, en l'espèce, l'impossibilité physique ou morale de cohabitation. Il est vrai que l'article 313 consacre d'une façon inattendue la théorie de l'apparence, en faisant résulter l'impossibilité morale de trois pré-

somptions concordantes : l'adultère, le recel de la naissance et les faits spéciaux allégués par le mari. La jurisprudence se montre très large quant à l'appréciation de ces faits. Elle admet l'établissement par voie d'enquête de simples ressemblances physiques (Brest, 5 mars 1913. *Gaz. Pal.*, 12 avril 1913). Pareillement, les précautions prises par la mère pour cacher son état suffisent, quand même le mari ne rapporterait pas la preuve que la naissance lui a été dissimulée (Req., 7 janvier 1850. D. 1850. 1. 5). Il peut même ne pas démontrer l'adultère de sa femme (Req., 31 juillet 1866. S. 1866. 1. 417).

Le deuxième type de désaveu vise des cas où le degré d'apparence est beaucoup moins fort, car il est évident que les deux sortes d'enfants auxquels il s'applique ont été conçus hors mariage. Le mari n'a donc plus à fournir la preuve directe, mais une simple dénégation. Toutefois, pour les enfants conçus avant le mariage, l'article 314 réserve trois cas : connaissance de l'état de la mère, assistance du mari à la naissance, non-viabilité de l'enfant. Toute cette théorie du désaveu, qu'on regrette de ne pas voir plus nuancée, malgré certaines hardiesses vraiment prétoriciennes de la jurisprudence, constitue donc bien de la part du Code civil — qui s'est montré ici, comme en plus d'un point, un intelligent novateur — une consécration de l'apparence en matière de Preuve.

En ce qui concerne la filiation naturelle, le système ébauché par les tribunaux et couronné par le législateur dans la loi du 16 novembre 1912 apparaît beaucoup plus imprécis, sans doute parce qu'il est une œuvre composite, que le Code n'a pas marquée au coin de sa puissante unité. La question de preuve s'est posée au regard de la possession d'état. Pendant la première partie du XIX^e siècle, la jurisprudence l'admettait volontiers comme preuve de

la maternité naturelle, à raison de l'interdiction de la recherche de la paternité. Par la suite, un système doctrinal plus hardi rejeta cette distinction, en enseignant que la possession d'état dispense l'enfant de toute preuve dans les deux lignes. C'était consacrer le système de l'apparence. Mais les tribunaux, par une sévérité qu'on s'accorde à juger peu rationnelle, décidèrent que la possession d'état ne saurait être admise à établir la filiation naturelle (Civ., 3 avril 1872. D. 1872. 1. 113). C'est donc à l'enfant qu'incombera, dans toute hypothèse, la charge de la Preuve à fournir (art. 341). Encore la loi écarte-t-elle, à la différence du Code civil italien (art. 190), les indices graves et constants, pour ne faire état que du commencement de preuve par écrit. Les arrêts les plus récents ont, il est vrai, élargi la notion de ce moyen de preuve, telle qu'elle résulte de l'article 1347. Ils n'exigent pas que l'écrit invoqué émane de la mère défenderesse au procès en recherche (Req., 4 janvier 1910. D. 1910. 1. 128).

Quant à la recherche de la paternité naturelle, on sait comment l'article 340 ancien la proscrivait, à raison de l'absence des présomptions légales de cohabitation et de fidélité qui établissent la paternité dans le mariage. Le Code réservait cependant la possibilité d'une démonstration en cas d'enlèvement. La loi de 1912 s'est emparée de cette dérogation timide aux principes, en consacrant d'une manière aussi générale que possible le système des vraisemblances, qui remplacent ici les présomptions légales. Il est aisé de démontrer que, dans les hypothèses envisagées par l'article 340 nouveau, la paternité repose sur des inductions aussi fortes que celles qui résultent de la reconnaissance volontaire par acte authentique. Même, en exigeant de l'enfant demandeur un commencement de preuve par écrit dans

tous les cas de séduction dolosive, la Loi s'est montrée plus sévère que l'ancienne jurisprudence, qui admettait une action en réparation au profit de la mère. Celle-ci, en effet, pouvait être dispensée d'apporter la preuve, lorsqu'elle démontrait l'impossibilité morale de se procurer un document de cette nature, par exemple en cas de séduction fondée sur une promesse de mariage (Req., 10 février 1909. D. 1909. 1. 157).

Par contre, la Loi s'est montrée singulièrement libérale, en attachant à l'union libre une présomption de fidélité analogue à celle qui résulte du mariage. Mais le degré d'apparence ainsi créé par cet état de fait est évidemment moins solide, et la présomption pourra être beaucoup plus aisément écartée. En effet, on pourrait croire à première vue que, lorsqu'on se trouve dans un des cinq cas où la recherche de la paternité est admise, les moyens de défense que le prétendu père peut opposer à la réclamation de l'enfant sont limités, et constituent autant de désaveux à rebours. Il n'en est rien en réalité, car il résulte des termes mêmes de l'article 340 que le défendeur à une instance en recherche conserve le droit d'opposer à son adversaire tous les moyens de défense propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. On voit que le domaine de la Preuve est infiniment plus large qu'en matière de filiation légitime. Pourquoi cette latitude laissée au « contradicteur légitime » de l'enfant naturel, pour parler le langage de d'Argentré, sinon parce que l'état d'apparence opposé par celui-ci est plus faible, plus imprécis, en un mot parce qu'il lui est plus difficile d'invoquer en sa faveur un droit au nom qu'on lui dénie.

On remarque aussi qu'en ces matières délicates, la charge de la Preuve se double d'un monopole.

Ici, c'est le mari qui veut expulser un intrus de sa famille. Là, c'est l'enfant qui veut s'introduire dans une autre famille dont on tente de lui défendre l'accès. Dans ces deux hypothèses inverses, où le demandeur doit lutter contre des vraisemblances également fortes, on conçoit que l'intéressé seul se trouve à même de faire valoir ses prétentions. Il a le monopole de son droit, et, par suite, de sa preuve. Ainsi, les héritiers du mari ne pourront pas plus exercer l'action en désaveu, que les ayants cause de l'enfant naturel ne pourront intenter celle en réclamation d'état (sauf les cas exceptionnels prévus par les articles 317, 329 et 330). A l'inverse, les héritiers d'un donateur ne peuvent demander la réduction de la donation en offrant de démontrer que le donataire est un enfant naturel, donc soumis à une incapacité particulière de recevoir à titre gratuit (Paris, 16 février 1889. S. 1889. 2. 201). Néanmoins, il est admis qu'une personne intéressée à faire annuler une libéralité de ce genre peut être autorisée à démontrer par des preuves intrinsèques (c'est-à-dire empruntées à l'acte lui-même), que la filiation du donateur a été la cause de la donation. La raison de ces distinctions parfois subtiles, c'est que les principaux intéressés — le père, dans l'action en désaveu ; l'enfant, dans l'action en réclamation d'état — sont présumés agir dans un intérêt moral, alors que leurs ayants cause sont présumés ne poursuivre qu'un intérêt pécuniaire (1).

Une question connexe à la question de filiation

(1) Une question se pose à ce propos : celle de l'effet relatif des jugements rendus en matière de filiation. La jurisprudence applique ici, dans toute sa rigueur, le principe posé par l'art. 1351. Elle exige, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être invoquée, que la demande soit formée « entre les mêmes parties ». Le jugement qui attribue un état à un enfant

est celle — souvent posée en pratique, mais jamais résolue par un texte général, comme l'article 12 du Code civil allemand — du Nom et du prétendu droit au nom. Pour certains auteurs, le nom ne serait qu'une institution de police civile, justifiée par des nécessités d'identification individuelle. Par suite, les actions que peuvent exercer contre les usurpateurs les ayants droit à un nom contesté ne seraient que des applications du principe général de l'art. 1382, c'est-à-dire du droit appartenant à la partie lésée de demander réparation du préjudice par elle subi.

Cette opinion nous intéresse au point de vue de la Preuve. Elle cadre avec plusieurs décisions du Conseil d'Etat, d'où il ressort que le droit de faire opposition à un changement de nom sollicité par autrui ne peut être basé que sur la justification d'un préjudice grave que ce changement causerait à l'opposant (Cons. d'Etat, 24 mai 1901. D. 1902. 3. 99). Mais la jurisprudence, considérant, non sans rai-

n'a donc de valeur qu'à l'égard de ceux qui ont été ses adversaires dans l'instance.

La doctrine la plus moderne, représentée par MM. Colin et Capitant, voudrait, au contraire, qu'on attribuât à un tel jugement la même autorité qu'aux autres instruments probatoires admis par la Loi : acte de naissance ou reconnaissance. Ces auteurs ne prétendent point que la filiation établie par un jugement soit à l'abri de la discussion. Il faut, pour cela, que l'enfant joigne, à l'acte de naissance, la possession d'état (art. 328). Lorsqu'il ne s'appuie que sur une seule preuve, il appartient aux intéressés de lui opposer la preuve contraire. « Seulement, l'acte de naissance, la reconnaissance ou la possession d'état font foi provisoirement et jusqu'à nouvel ordre. C'est à celui qui les conteste à en détruire l'autorité, s'il le peut, en apportant des preuves plus convaincantes en sens contraire ; mais il ne suffira pas à l'adversaire de méconnaître la preuve acquise pour contraindre l'enfant à recommencer à son encontre une nouvelle démonstration. Pourquoi n'en serait-il pas de même des jugements rendus en matière d'état ? »

son, le nom patronymique comme le signe extérieur de l'état des personnes, n'a pas hésité à faire des actions de ce genre de véritables actions d'état. Elle admet que le droit de défendre l'usage d'un nom contre des usurpateurs appartient à tous les membres d'une famille, quand bien même ils ne porteraient pas le nom contesté et ne pourraient, en conséquence, justifier d'aucun préjudice résultant pour eux de l'usurpation (Req., 20 avril 1868. D. 1868. 1. 292 ; Civ., 10 novembre 1902. D. 1904. 1. 85).

Un autre exemple de charge de la Preuve nous est fourni par les articles 210 et 211, relatifs au mode de prestation d'une pension alimentaire. On sait que les aliments sont fournis, à défaut de convention amiable, sous forme d'une pension que le tribunal condamne le débiteur à verser au bénéficiaire. Mais ce mode de paiement peut être, dans certains cas, remplacé par l'entretien du créancier alimentaire au domicile de son débiteur. C'est d'ailleurs aux juges du fond qu'il appartient de statuer dans tous les cas. Cependant, la Loi consacre une particularité intéressante au point de vue probatoire. Lorsque l'offre d'entretien à domicile émane d'un débiteur autre que le père ou la mère (art. 210), c'est à l'auteur de l'offre à faire la démonstration des raisons graves qui peuvent justifier ce mode de libération. Au contraire, si l'offre vient du père ou de la mère (art. 211), c'est à l'enfant désireux de la décliner qu'il incombe d'établir les raisons graves de nature à justifier son refus. Qui ne voit ici une application, aussi claire et aussi précise que possible, de l'idée d'apparence ?

Il est un domaine où la Preuve tient une large place : celui des actes de l'état civil. Sur ce terrain, les individus sont mis en minorité, car la Loi, en

réglementant minutieusement la tenue des registres, a dressé à leur encontre un état d'apparence singulièrement fort. Aussi la preuve à fournir est-elle rarement simple et toujours difficile. Un premier exemple, peu fréquent dans la pratique, est la rédaction d'un acte sur feuille volante. Les intéressés devront d'abord prouver devant le tribunal la réalité du fait constaté, ensuite la faute commise par l'officier de l'état civil.

Mais c'est en ce qui concerne les décès, dont maints événements empêchent souvent la constatation matérielle, que le législateur a dû intervenir. Les intéressés n'ont, là encore, qu'un moyen : s'adresser au tribunal, à charge de prouver les circonstances qui ont entraîné la mort. Chose remarquable, et qui trahit le souci de la Loi de rendre la preuve plus lourde, il n'y a pas de texte d'une portée générale, mais seulement des dispositions visant les hypothèses les plus fréquentes, celles où l'apparence se révèle en faveur des demandeurs.

Pendant longtemps, il y eut une grande incertitude dans la pratique, surtout en ce qui concerne les disparus en mer. On ne pouvait songer à suivre les règles de l'Absence ; une telle procédure est longue, elle ne rompt pas le mariage et laisse planer l'incertitude sur le sort de l'absent. Un procédé plus simple consistait à demander au tribunal la constatation des circonstances permettant d'établir le sinistre, et, par suite, le décès. Certains tribunaux accueillaient ces demandes, lorsque la preuve du naufrage était établie (Rouen, 11 octobre 1889. D. 1890. 2. 305 ; Bordeaux, 15 février 1888. D. 1889. 2. 197). Ce fut la loi du 8 juin 1893, portant modification des articles 87 à 92 du Code civil, qui permit aux tribunaux, sur simple décision administrative déclarant la présomption de perte du navire, de ren-

dre un jugement collectif constatant le décès. Ces présomptions de décès ont été reprises par les différentes législations de guerre : loi du 13 janvier 1817, autorisant les intéressés à faire la preuve de la mort, mais seulement s'il était préalablement prouvé qu'il n'y avait pas eu de registres, qu'ils avaient été perdus en tout ou en partie, ou irrégulièrement tenus ; lois du 9 août 1871 et du 3 décembre 1915. Dans tous les autres cas, le demandeur doit faire une double preuve successive. Il doit prouver : d'abord l'impossibilité où il se trouve de produire un extrait des registres, ensuite la réalité du fait qu'il invoque.

La jurisprudence a beaucoup atténué, en notre matière, le rigorisme de la Loi. On sait que l'article 45, déterminant le degré de force probante des actes de l'état civil, admet qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux, ce qui nécessite une procédure lente et compliquée, exposant le demandeur à une forte amende. Or, s'il est à présumer que le faux en écritures publiques est peu vraisemblable, émanant d'un officier de l'état civil investi par la Loi d'une mission de confiance, il n'en est pas de même des énonciations qui émanent des déclarants. Il est à présumer qu'elles sont exactes, mais on admet que ceux qui en attaquent la sincérité peuvent faire la preuve contraire dans les termes du Droit commun. Or, cette distinction n'est pas énoncée dans l'art. 45 du Code civil, et les premiers commentateurs se sont refusés à l'admettre, parce qu'ils faisaient dépendre la force probante d'une déclaration du point de vue de la Loi pénale, et non du point de vue de l'apparence. C'est la jurisprudence et la doctrine plus récente qui ont établi cette distinction rationnelle (Civ., 16 mars 1841. S. 1841. 1. 532 ; Paris, 31 juillet 1890. D. 1891. 2. 129).

Quant aux demandes en rectification, les arrêts

ont dû s'en occuper principalement à propos de l'insertion dans les actes d'un titre nobiliaire. Certaines décisions de Cours d'appel avaient déclaré une pareille demande irrecevable, mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, par un arrêt du 1^{er} juin 1863 (D. 1863. 1. 216). Toutefois, la demande ne doit être accueillie qu'autant que le droit au titre est régulièrement établi par le réclamant. Or, comme les tribunaux civils n'ont pas à se faire juges de l'existence ou de la non-existence du titre réclamé, la question de propriété doit être tranchée au préalable par le Conseil d'administration du Ministère de la Justice. Nous sommes encore en présence d'une double preuve imposée au demandeur en rectification. On sait, d'ailleurs, que lorsque l'instance a été engagée par voie de requête, et sans contradicteur, la décision rendue n'a pas même l'autorité de la chose jugée et peut être remise en question par tous les intéressés (Civ., 29 octobre 1905. D. 1906. 1. 337). On voit combien la preuve est rendue à la fois difficile et peu sûre, précisément parce que le degré d'apparence élevé contre le demandeur est extrêmement fort.

En matière de Domicile, une question particulièrement intéressante, qui se pose souvent en matière électorale, est celle du changement. L'habitation réelle dans le nouvel endroit choisi est un fait matériel, qui porte à la connaissance de tous la translation de domicile. Mais cette habitation nouvelle serait une simple résidence, si l'individu n'avait pas la volonté d'en faire le centre de ses intérêts. Comment se manifestera cette intention ? On sait que la déclaration prévue par l'article 104 du Code civil n'est pas entrée en pratique. L'intention se dégagera donc d'un ensemble de circonstances prouvant que la personne a entendu transporter son principal

établissement au lieu où elle a fixé son habitation (art. 105). Aussi les arrêts décident qu'elle conserve son domicile d'origine, tant qu'on n'a pas établi sa volonté d'en acquérir un autre (Civ., 24 mars 1908 et 15 mars 1909. S. 1912. 1. 470).

Un autre domaine d'élection de la Preuve à ses divers degrés est la question de l'Absence. Il s'agit là d'une situation très délicate, longuement réglementée par la loi, et l'un des exemples les plus parfaits de subtiles constructions juridiques. Pour mieux dire, c'est un problème à résoudre, dont la solution définitive est préparée par des demi-teintes, des apparences savamment graduées.

Une question primordiale se pose : celle de savoir quelle est la situation légale de l'absent durant les diverses périodes de l'absence. Doit-il être présumé mort ou vivant ? Ni l'un ni l'autre, d'après la conception française. Seulement, plus l'absence dure, plus la présomption de mort augmente, sans qu'on puisse jamais tenir l'absent pour décédé (à l'inverse du Code civil allemand, lequel permet de déclarer le décès d'un disparu dont on est resté sans nouvelles depuis dix ans). Le système français consiste donc à distinguer trois périodes, suivant que la probabilité, puis la quasi-certitude du décès s'affirment davantage : présomption d'absence, déclaration d'absence et envoi en possession provisoire des biens de l'absent, couronnés par l'envoi en possession définitif.

Conséquence au point de vue de la Preuve : c'est toujours à celui qui a intérêt à se prévaloir du décès ou de l'existence de l'absent, qu'il incombe d'apporter la démonstration de l'un ou l'autre de ces faits (Civ., 9 mai 1882. D. 1883. 1. 251). Si la preuve du décès ne peut se faire que par la production d'un acte approprié, celle de l'existence n'est assujettie

à aucune règle particulière. Et la décision des tribunaux, considérant comme établie l'existence d'un individu, échappe, comme appréciation de fait, au contrôle de la Cour suprême. On voit la place laissée par la jurisprudence aux éléments de nature à déterminer la conviction du juge.

Ainsi, la femme d'un absent ne pourra obtenir l'annulation d'un engagement souscrit par elle en qualité de veuve, qu'à la condition d'établir l'existence de son mari au moment de la signature de l'acte (Req., 7 mai 1889. D. 1890. 1. 119). De même, les conventions passées par les héritiers présomptifs d'un absent relativement au patrimoine de celui-ci ne peuvent être atteintes par la prohibition des pactes sur successions futures, tant que la preuve de son existence au moment de la convention n'a pas été rapportée (Req., 17 janvier 1843. J. G. D. *Absence*, 468). De même encore, en cas d'absence d'un héritier réservataire, la quotité disponible se calcule exclusivement sur le nombre des héritiers à réserve présents. Ce serait à ces derniers, s'ils entendent restreindre la quotité disponible au moyen de l'action en réduction, de démontrer l'existence de l'absent (Bordeaux, 11 janvier 1834. S. 1834. 2. 312).

Enfin, la condition du décès du donateur sans enfant, qui affecte une institution contractuelle, n'est pas réputée accomplie par le fait de l'absence de l'enfant unique du donateur. Tant que le bénéficiaire n'aura pas rapporté la preuve du décès, l'institution sera réputée caduque et la condition non remplie (Civ., 23 janvier 1865. D. 1865. 1. 13).

La présomption de survie s'affaiblit d'ailleurs avec le temps. Elle devient très faible, avec l'envoi en possession définitif. Ainsi, les personnes investies contre la succession de droits subordonnés au décès de l'absent — par exemple, un donateur avec droit

de retour conventionnel — qui n'étaient pas admises à agir pendant l'envoi en possession provisoire, faute de pouvoir rapporter la preuve du décès (Req.; 19 juin 1872. D. 1872. 1. 461), pourront, après l'envoi en possession définitif, revendiquer contre les tiers les biens que l'absent aurait aliénés.

Mais il se peut que l'envoyé en possession se trouve un jour en présence d'un héritier plus proche que lui, qui exerce à son encontre une pétition d'hérédité. Une telle action pourra (art. 130) être intentée par tous les héritiers de l'absent, à charge de démontrer, outre le décès de celui-ci, la priorité de leur rang de succession. Si le successible est un descendant, il sera admis à exercer la pétition d'hérédité, à seule charge de démontrer le lien de filiation qui l'unit à l'absent (art. 133).

Quant aux droits patrimoniaux qui ont pu s'ouvrir au profit de l'absent, une fraction de la doctrine distingue entre la simple présomption et la déclaration d'absence. Pendant la première période, le décès de l'absent n'étant pas entièrement probable, il faudrait pourvoir à la sauvegarde de ses droits éventuels. Mais cette distinction est repoussée par la jurisprudence. Car, disent les arrêts, la démonstration de l'existence de l'absent, condition nécessaire pour qu'il puisse exercer un droit quelconque, est, par hypothèse, aussi impossible à fournir en cas d'absence simplement présumée qu'après le jugement de déclaration d'absence (Paris, 25 novembre 1903. D. 1904. 2. 318). Pour cela, il faut qu'il y ait au moins présomption d'absence au sens technique du terme, et non simple non-présence ; en un mot, que des doutes sérieux puissent s'élever sur l'existence de l'individu, point de fait que les tribunaux apprécieront souverainement. La Loi se montre aussi sévère en ce qui concerne le statut

familial de l'absent, puisque l'article 139 décide que son conjoint ne peut contracter un nouveau mariage tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès.

En matière de Puissance paternelle, signalons au passage une loi récente, celle du 5 août 1916. Elle décide que, lorsque, par l'intervention du père, de la mère, du tuteur, ou par décision de justice, un enfant aura été confié à l'Assistance publique, à une association de bienfaisance ou à un particulier, le tiers qui en a la garde pourra se la faire maintenir, malgré la réclamation de la famille, à charge d'établir que le réclamatant s'est depuis longtemps désintéressé de l'enfant. C'est un exemple très net de preuve imposée au défendeur, contrairement au principe de l'article 1315, à raison précisément de l'idée d'apparence.

La matière de la Tutelle nous offre un sujet important et classique de controverses : celui de la rescision pour lésion. On peut croire que le mineur, ou son représentant légal, parviendra à faire tomber l'acte accompli par la seule démonstration de son incapacité au moment de l'accomplissement. Cette solution, identique à celle qui s'applique aux actes des autres incapables — interdits ou femmes mariées — paraît confirmée par l'article 1311.

Tel n'est pas cependant le système de notre Loi. On s'accorde à décider que l'acte du mineur ne peut être attaqué que moyennant la démonstration d'une lésion, d'un préjudice résultant pour lui des conditions de l'acte souscrit. La jurisprudence a consacré ce système traditionnel, par un arrêt fortement motivé de la Cour de cassation (Civ., 18 juin 1844. S. 1844. 1. 497). Il s'agissait d'un conscript qui, voulant s'assurer contre les chances du tirage au sort, avait signé un traité avec son remplaçant. Favorisé du hasard, il refusa de payer la somme convenue,

prétendant que la convention était nulle, pour avoir été consentie sans l'assistance de son tuteur. La Chambre civile condamna ce système, en constatant que l'intéressé n'avait éprouvé aucune lésion dans son engagement.

Cependant, le principe *Minor restituitur tanquam læsus* reçoit une importante exception. Si l'acte passé par le mineur appartient à la catégorie de ceux que le tuteur lui-même n'aurait pu accomplir sans l'observation de certaines formalités (autorisation du conseil de famille ou homologation du tribunal), le mineur n'aura pas besoin, pour en obtenir l'annulation, de démontrer qu'il a subi une lésion. Les seuls actes pour lesquels la Loi lui impose cette preuve sont précisément les moins dangereux, puisque soustraits à ces formes spéciales. Cette distinction, très controversée jadis, paraît aujourd'hui admise d'une manière à peu près unanime (Civ., 6 mars 1893. D. 1893. 1. 473) (1).

Cependant, même pour les actes les plus importants, le mineur restera tenu à l'égard de son contractant dans la mesure de son enrichissement, en vertu de ce principe général d'équité que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. C'est ce qu'exprime l'article 1312, en disant que l'incapable dont l'engagement a été annulé, est néanmoins tenu de rembourser ce qu'il a reçu en conséquence du contrat annulé, s'il est prouvé que « ce qui a été payé a tourné à son profit ». Ainsi,

(1) Parmi les actes non soumis à des formalités spéciales, il en est un que, par exception, le mineur peut attaquer après coup, sans avoir à démontrer une lésion. Cette solution résulte de l'article 1241, d'après lequel tout paiement fait à un incapable est nul, à moins que le débiteur ne prouve que la somme payée a tourné à l'avantage de l'incapable, auquel cas le paiement reste libératoire dans la mesure de cet avantage.

l'emprunt qu'il aura contracté le constituera valablement débiteur, si le prêteur peut démontrer que la somme par lui versée a servi à éteindre une dette dont l'incapable était tenu — par exemple, à la libération d'actions souscrites par des parents dont le mineur est héritier (Civ., 23 février 1891. D. 1892. 1. 29).

La preuve du profit réalisé par l'incapable incombe à l'adversaire de celui-ci. Le mineur, la femme mariée ou l'interdit, demandeur en nullité ou en rescision, a donc simplement à prouver que le paiement lui a été fait pendant son incapacité, sauf, pour le mineur, à établir en outre qu'il a été lésé. Ce n'est là qu'une application des principes généraux en matière de Preuve. L'adversaire de l'incapable demande le remboursement. A ce point de vue, il est dans la situation de tout demandeur : il lui faut donc établir l'enrichissement, c'est-à-dire le fait qui sert de base à sa demande (1).

(1) Ainsi, en cas d'emprunt contracté par un mineur sans autorisation, le prêteur ne peut réclamer le remboursement qu'en prouvant, abstraction faite du billet souscrit, non seulement la réalité du versement qu'il dit avoir effectué, mais aussi le profit que, d'après lui, l'emprunteur en a tiré. Le juge ne saurait condamner le mineur en se fondant sur ce que le billet reçu porte mention de la valeur fournie, et sur ce que le mineur ne prouve pas que cette valeur ne lui a pas profité (Civ., 1^{er} juin 1870 ; D., 1870, 1.432). Jugé, dans ce sens, qu'un billet à ordre souscrit par un mineur non commerçant ne peut être validé par la mention « valeur reçue en marchandises », une telle énonciation n'établissant, ni la livraison réelle de la marchandise, ni le profit retiré par le mineur. (Civ., 26 novembre 1861 ; D., 1861, 1.490).

Une question de droit se pose, relativement à l'étendue de la preuve à fournir. L'adversaire de l'incapable doit-il simplement démontrer que celui-ci a utilement employé la chose payée ? Ou doit-il, en outre, justifier que le profit subsiste encore au moment de la demande ? Pour les auteurs (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, etc.), la preuve du premier fait

Le problème de l'incapacité subsiste dans toute son ampleur, au regard des actes accomplis par un aliéné non interdit ou interné. S'il veut en contester la validité, quelle sera la démonstration à faire ? On sait qu'il n'y a d'incapables que ceux qui ont été déclarés tels par la Loi. S'il n'y a ni interdiction, ni internement, les actes du prétendu dément ne peuvent être nuls que pour cause d'absence de volonté. Il faudra donc prouver que l'auteur de l'acte était fou au moment précis où il a effectué l'acte critiqué. Peu importerait, à défaut de cette démonstration, qu'on apportât la preuve de désordres intellectuels fréquents, constituant un état habituel de démence ; car cet état, à le supposer démontré, n'entraîne pas une incapacité.

On comprend toutes les difficultés d'une pareille preuve. Le Code civil allemand, dans son article 105-2°, subordonne bien à la démonstration d'un désordre concomitant la nullité de l'acte souscrit par une personne atteinte d'un trouble mental passager. Mais l'article 104-2° du même Code fait résulter de l'état habituel de démence une présomption d'incapacité qui dispense le demandeur en nullité de toute autre preuve. Telle n'est pas la législation française. Il ne suffit pas que l'aliéné libre soit en proie à des troubles mentaux, même habituels. L'acte qu'il a fait n'en sera pas moins valable, si l'on ne peut prouver qu'il a été accompli dans un moment de crise.

Reste à examiner qui peut se prévaloir de la nullité, par suite, qui doit fournir la Preuve. La doctrine enseigne, en général, que la demande d'annulation peut être formée par tout intéressé ; mais la

est suffisante. C'est une compensation à la charge qui est imposée au demandeur.

jurisprudence paraît n'admettre que celle qui émane de l'aliéné (Bordeaux, 22 avril 1896. D. 1896. 2. 455). Dans le même ordre d'idées, l'article 504 consacre le système de l'apparence en interdisant aux héritiers du prétendu aliéné la possibilité d'une demande en nullité. Une sollicitude aussi tardive est suspecte, et, d'ailleurs, la preuve qu'ils offriraient serait difficilement appréciable par le tribunal, sauf le cas où la démence résulte de l'acte attaqué.

Quant aux aliénés interdits, on sait que leur incapacité, reposant sur une présomption d'insanité permanente, est plus étendue, plus radicale que celle du mineur. Aux termes de l'article 502, elle s'étend à tous les actes postérieurs au jugement d'interdiction, même à ceux qu'on prétendrait avoir été accomplis dans un intervalle lucide, aucune preuve contraire n'étant recevable (Civ., 27 février 1883. D. 1883. 1. 113). C'est précisément pour éviter des difficultés de preuve inextricables, relativement à l'état mental du malade lors de l'accomplissement de l'acte, que la présomption est ainsi absolue. En réalité, l'article 502 ne s'applique pas aux délits ou quasi-délits, non plus qu'aux actes extra-patrimoniaux, présentant un intérêt moral plus que pécuniaire : mariage ou reconnaissance d'enfant. La démonstration de la lucidité sera donc permise dans ce cas.

Pourtant, la nullité de l'article 502 est une nullité relative, invocable seulement par le tuteur de l'aliéné, par lui-même après la mainlevée de l'interdiction, ou par ses ayants cause. Celui qui a traité avec l'interdit n'est pas admis à réclamer l'annulation de l'acte irrégulier. La « nullité de droit » dont parle la Loi signifie d'abord que, pour obtenir l'annulation de l'acte, il suffit de démontrer qu'il est postérieur à l'interdiction, et qu'on n'a pas besoin,

comme lorsqu'il s'agit des actes d'un mineur, de prouver en outre la lésion ; ensuite, que la nullité doit être prononcée par le juge, sans que l'adversaire puisse être admis à faire la preuve contraire, en démontrant que l'interdit était alors dans un intervalle lucide et en possession de ses facultés.

Mais les intérêts de l'aliéné pourraient se trouver gravement compromis, si la Loi subordonnait l'annulation des actes passés par lui, durant ce qu'on a appelé la période d'attente, à la démonstration de sa folie. Aussi la Loi permet-elle au tuteur, une fois l'interdiction prononcée, de faire tomber les actes antérieurs en prouvant : d'abord, que l'interdit était dans un état habituel de démence ; ensuite, que cet état était notoire. Cependant les juges, se fondant sur les termes de l'article 503, se réservent un certain pouvoir d'appréciation. Ils pourront refuser l'annulation, à raison de la bonne foi du contractant ou de l'absence de lésion, quand bien même le demandeur en nullité aurait prouvé à la fois la démence habituelle et sa notoriété (Req., 7 novembre 1898. D. 1898. 1. 565). A plus forte raison, en cas d'existence dûment démontrée d'un intervalle lucide.

Quant aux aliénés simplement internés, on admet généralement que la nullité qui frappe les actes accomplis par eux n'est pas absolue. Mais on se demande quelle preuve doit être administrée, lorsque l'annulation est réclamée du côté de l'aliéné. Certains auteurs soutiennent qu'il faut démontrer l'état de folie du dément au moment où il a accompli l'acte incriminé (S. 1895. 2. 225, note). Mais la doctrine la plus récente tend à faire résulter de l'internement, acte notoire et qui renseigne les tiers sur l'état du malade, une présomption d'incapacité analogue à celle qui résulte de l'interdiction. N'est-ce

pas là une consécration nouvelle de la théorie de l'apparence ? (1).

(1) La question la plus fréquemment soulevée en pratique est celle de l'antidate des actes sous-seing privé, n'ayant pas acquis date certaine avant le jugement d'interdiction. Est-ce à l'interdit qu'incombe la preuve de l'antidate ? Ou est-ce au tiers à prouver l'exactitude de la date indiquée ? Par application du principe que l'acte sous-seing privé fait foi de sa date entre les parties, et la fraude ne se présument pas, la date doit être réputée sincère, et c'est à l'interdit à prouver qu'elle est fausse (Orléans, 17 juin 1875 ; D., 1877, 2.177).

Spécialement, la mention de la date a force probante, lorsque, l'acte ayant été écrit et signé par l'interdit, le tuteur reconnaît pour vraies l'écriture et la signature (Nancy, 21 mars 1842 ; J. G. D. *Interdiction*, 223-3°). A plus forte raison, lorsque le montant du billet est réclamé aux héritiers de l'interdit. C'est à eux, s'ils allèguent que l'acte a été fait dans un moment d'incapacité, d'en rapporter la preuve (Bourges, 4 janvier 1831, J. G. D. *Ibid*, 219-1°). En pareil cas, les tribunaux ont le droit d'examiner toutes les présomptions qui militent contre l'acte ou en sa faveur. Il suffit toutefois que l'interdit, ou son représentant, prouve que la date portée sur l'acte n'est pas sincère, sans avoir à établir en outre que l'acte est postérieur à l'interdiction.

De même, en ce qui concerne les actes passés par le prodigue après la nomination du Conseil judiciaire, c'est au prodigue ou à ses ayants-cause à prouver, sinon la date réelle de l'acte incriminé, du moins la fausseté de la date énoncée. A l'inverse, dès que la fausseté est démontrée, c'est à celui qui a traité avec le prodigue de faire la preuve que l'acte non daté ou faussement daté a été passé à une époque où le prodigue était encore *intègri status*. A défaut de cette preuve, l'engagement doit être annulé, sans que le débiteur ou ses ayants cause soient tenus de démontrer qu'il n'a été souscrit qu'après le jugement. (Req. 30 juin 1869 ; D., 1869, 1.230).

Toutefois, la jurisprudence admet que, lorsque le paiement d'un effet à ordre est réclamé à un individu pourvu d'un conseil judiciaire, les juges ne doivent pas considérer la date comme frauduleuse et nulle de plein droit. Ils doivent chercher et fixer, d'après les circonstances de la cause, l'époque véritable à laquelle l'obligation a été signée. Quand le titre est régulier en la forme, la preuve de la fraude doit être rapportée par le signataire, ou ses représentants, contre le porteur. Lorsque cette preuve n'est ni offerte ni établie, alors que

SECTION DEUXIEME

LES BIENS

Si le statut des Personnes, dans notre Droit, donne ouverture à d'intéressantes discussions sur les preuves, celui des Biens n'apparaît pas moins riche à l'analyse. Mais comme ces questions patrimoniales, si elles ont souvent une grande importance pécuniaire, ne présentent pas un intérêt moral semblable à celui des questions d'état, la preuve à fournir par celui qui veut ébranler une situation acquise est, dans la plupart des cas, beaucoup moins lourde, parce qu'elle vient se heurter à des présomptions beaucoup moins fortes. La faveur témoignée par la jurisprudence aux théories les plus modernes, comme celle du Risque, n'est pas faite pour enrayer cette simplification croissante de la Preuve.

Dans le domaine des Présomptions, la théorie bien connue de l'Accession n'est autre chose qu'une application de l'idée d'apparence. C'est ainsi que le propriétaire d'un étang est, d'après l'article 558, présumé propriétaire de tout le terrain recouvert lorsque l'étang est au plein. La Cour de cassation a même décidé que cette présomption de propriété doit s'appliquer jusqu'à la limite du terrain recouvert par les crues périodiques (Civ., 13 mars 1867. D. 1867. 1. 270). De même, on admet que le propriétaire d'une usine hydraulique est présumé propriétaire du canal (ou biez) d'amenée et du canal

les faits viennent, au contraire, à l'appui de la présomption légale émanant de l'acte, les juges tiennent avec raison la date pour sincère. (Req., 8 mars 1836 ; J. G. D. *Interdiction*, 220-6°). On voit quelle place est faite, par les arrêts, aux questions d'apparence.

de fuite de l'eau, pourvu qu'ils aient été creusés par la main de l'homme et pour le service de l'usine (Req., 31 mai 1905. D. 1905. 1. 408). La même idée peut conduire à présumer un droit de propriété de l'usinier sur les francs-bords de ces canaux, dont l'usage est évidemment utile à la surveillance et à l'entretien du biez (Req., 10 mai 1899. D. 1901. 1. 361). Cependant, on admet en général entre les deux présomptions une différence logique. La présomption de propriété du biez, étant d'origine légale, ne cède que devant la preuve contraire. A l'inverse, celle de la propriété des francs-bords n'est qu'une présomption du fait de l'homme, abandonnée à l'appréciation du juge ; car, s'ils sont des accessoires utiles de l'usine, ils n'en sont pas des accessoires obligés.

La Loi établit encore, afin d'éviter des contestations toujours fâcheuses en une matière où l'intérêt en jeu est souvent très mince, des présomptions dites de mitoyenneté. Elle détermine aussi des présomptions contraires, dites marques de non-mitoyenneté. Ce grand luxe de dispositions est emprunté par le Code à nos anciennes Coutumes, notamment à la Coutume de Paris.

D'après les articles 653 et 666, toute clôture séparative entre deux propriétés contiguës est, à défaut de titre, prescription ou marque contraire, présumée mitoyenne : présomption fondée en raison, puisque, la clôture offrant aux deux voisins une égale utilité, il y a lieu de supposer qu'ils l'ont élevée jadis à frais communs. Mais la présomption ne s'applique pas, lorsqu'il s'agit de simples champs : dans ce cas, le mur de séparation n'est réputé mitoyen que si les terrains contigus sont, l'un et l'autre, entièrement clôturés. Ensuite, lorsque le mur sépare deux bâtiments d'inégale hauteur, la Loi ne le répute mitoyen

que jusqu'à l'héberge, car la vraisemblance fait supposer que le propriétaire du plus petit édifice n'a pas contribué aux frais de construction du mur, au-dessus de l'endroit où il cesse de présenter pour lui quelque utilité. Enfin, pour le cas où il n'y a de bâtiment que d'un seul côté, le mur est présumé appartenir au voisin dont il soutient la construction. Lorsqu'il s'agit d'autres clôtures, telles que les fossés, il n'y a jamais présomption de mitoyenneté, sauf si les héritages séparés sont l'un et l'autre en état de clôture.

Quant aux marques de non-mitoyenneté, devant lesquelles s'effacent les présomptions qui précèdent, elles diffèrent suivant qu'il s'agit de murs ou de fossés : on se réfère à l'égout des toits ou à la levée de terre. Cette énumération n'est d'ailleurs nullement limitative. La jurisprudence attribue aux juges un pouvoir souverain d'appréciation sur la valeur des présomptions et contre-présomptions, eu égard aux circonstances de la cause (Req., 12 novembre 1902. D. 1902. 1. 568). En cas de conflit entre un titre établissant la mitoyenneté et une marque, c'est évidemment le titre qui l'emportera, car ce n'est qu'à défaut de titre ou de présomption que la Loi attribuera aux marques force probatoire.

Une autre présomption est relative à cette variété de droit réel que la doctrine nomme, depuis les Romains, Quasi-Usufruit. On sait que ce droit diffère de l'usufruit proprement dit, en ce qu'il porte sur des choses consommables et confère par conséquent au titulaire un véritable droit de propriété. La volonté formellement exprimée des parties peut assimiler aux choses consommables des objets qui, de leur nature, ne se prêteraient qu'à un usufruit proprement dit. Mais une telle clause n'a pas besoin d'être formellement exprimée. Ainsi, l'estimation

donnée aux meubles, dans l'acte constitutif de l'usufruit, aura généralement cette signification, parce qu'il est vraisemblable de supposer qu'en faisant l'estimation le constituant a entendu déterminer à l'avance le montant de la restitution en argent à faire par l'usufruitier (*Æstimatio facit venditionem*). Toutefois, il n'y a là qu'une présomption simple, qui ne s'impose pas à l'appréciation du juge (1).

Toujours à propos d'Usufruit, on sait que l'obligation essentielle de l'usufruitier, à l'expiration de son droit, est de restituer la chose. Le propriétaire a contre lui, et l'action en revendication, et l'action personnelle qu'il possède contre tout détenteur, action qui diffère de la première en ce qu'elle nécessite seulement la preuve de la remise de la chose et non celle du droit de propriété, qui est parfois difficile. Par application du principe général de l'article 1302, l'usufruitier sera libéré en cas de perte de la chose survenue par cas fortuit ; mais c'est à lui de faire, s'il veut éviter la condamnation, la preuve du cas fortuit qui aurait détruit ou détérioré la chose (Req., 4 juillet 1887. D. 1887. 1. 321). Il en est de même, lorsqu'il s'agit de choses qui s'altèrent par l'usage. L'usufruitier doit les restituer dans l'état où elles se trouvent (art. 589), sous peine de payer la valeur qu'avaient ces objets au début de l'usufruit. Mais, ici encore, il serait libéré, s'il prouvait que le

(1) L'adage *Æstimatio facit venditionem*, fondé sur une interprétation traditionnelle de la volonté des parties, se retrouve dans l'article 551, relatif au régime dotal, et dans l'article 851, visant l'apport en société. En outre, on l'applique en matière de communauté d'acquêts, par exception au principe que l'époux marié sous ce régime conserve la propriété de son mobilier présent et futur, tant qu'il n'est pas prouvé que l'estimation (celle du trousseau, par exemple), faite dans le contrat de mariage, a eu un autre but. (Req., 14 mars 1877; D., 1877, 1.353).

défaut de représentation provient d'un cas fortuit et ne peut être imputé à sa négligence.

Quant à la cessation de l'usufruit, causée par le décès de l'usufruitier (art. 617), c'est au nu-propriétaire qu'incombe la charge de démontrer ce décès, par application de l'article 1315. — à la différence de ce qui a lieu dans la rente viagère (1).

L'usufruit, comme les servitudes, peut encore s'éteindre par la renonciation que le bénéficiaire aurait faite de son droit. Cette renonciation, étant évidemment un acte exceptionnel, ne doit pas se présumer facilement, bien qu'elle puisse être expresse ou tacite. Ainsi, pour qu'une servitude fût considérée comme éteinte, il ne suffirait pas que le propriétaire du fonds dominant ait laissé, sans protester, exécuter des travaux contraires à son droit sur le fonds servant, puisqu'il a trente ans pour exiger leur démolition. Il ne doit donc pas être présumé renoncer à cette faculté, à moins que sa volonté ne résulte d'actes manifestant clairement son intention (Civ., 6 novembre 1889. D. 1889. 1. 473).

L'article 646, relatif à l'action en Bornage, consacre une curieuse survivance de la dualité primitive de la preuve. Les deux parties étant respectivement demanderesses, chacune d'elles est obligée de faire la preuve de ses prétentions, tout comme au temps de la *legis actio*. Tel est le sentiment des auteurs (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie) et de la jurisprudence (Req., 2 avril 1850. D. 1850. 1. 155).

(1) Aux termes de l'article 1983, c'est le crédi-rentier qui est tenu de justifier de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, quand il réclame le paiement des arrérages (Bruxelles, 8 février 1882. *Pasicrisie belge*, 1882. 3. 108), ce qu'il pourra faire, d'ailleurs, par tous moyens : notamment, lorsqu'il est connu du débi-rentier et se présente chez lui en personne. (Nantes, 13 décembre 1900, *Journ. du Notar.*, 1901, p. 553).

Mais c'est à propos de la Possession — ce fait matériel d'exercer un droit sur une chose, abstraction faite du point de savoir si le droit existe ou n'existe pas — que la théorie de l'apparence s'étale, pour ainsi dire, au grand jour, sans même recourir aux fictions juridiques sous lesquelles elle s'abrite ordinairement. Ce dédoublement du fait et du droit, cette protection du possesseur en tant que possesseur, sont des phénomènes que l'on retrouve dans toutes les législations, signe qu'ils correspondent à un besoin social invariable et certain. Les raisons qui ont déterminé les diverses solutions du Droit positif sont naturellement très variées ; mais les deux principales, celles qui se retrouvent dans toutes les hypothèses où s'exerce la protection possessoire, ne sont que la traduction de l'idée d'apparence, érigée en système légal.

Le pivot de ce système, c'est que, le plus souvent, celui qui possède un droit en est le véritable titulaire. A cet égard, il est vrai de dire, avec Ihering, que la possession est « le poste avancé de la propriété ». Elle la contient en germe, puisqu'elle y conduit par la prescription. Mais, très souvent aussi, il serait fort difficile, ou, en tout cas, assez long pour le possesseur, de démontrer l'existence de son droit. Mieux vaut que la Loi vienne provisoirement à son secours, puisque la vraisemblance est de son côté et que les droits possibles du non-possesseur sont naturellement réservés, à la charge d'être établis par lui. Cela est d'autant plus désirable que, si la moindre contestation sur la réalité du droit pouvait entraîner une dépossession, il en résulterait fatalement des appels à la violence, un retour à la justice privée. L'intérêt de la paix sociale commande donc au législateur de prendre en considération un fait qui, le plus souvent, est conforme au Droit, une apparence

qui a toutes les chances du monde de recouvrir la réalité.

Par là s'expliquent les effets juridiques de la possession dans notre Droit. Du point de vue de la Preuve, elle emporte une conséquence importante : le possesseur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, a le droit de conserver le bénéfice de sa situation, tant qu'un autre ne prouve pas qu'il est propriétaire. Entre personnes qui se disputent la propriété d'un bien, c'est le possesseur qui est défendeur (*In pari causa melior est possidentis*) — avantage considérable, car le fardeau de la Preuve va peser désormais sur le demandeur.

Mais, à raison même de ces avantages, il importe de distinguer dans quels cas un détenteur peut être considéré comme tenant la chose à titre précaire. Cela est souvent difficile à décider, lorsqu'une personne accomplit sur la chose des actes de jouissance étendus et complets. Le Code édicte à cet égard des présomptions qui parfois obscurcissent le problème. On est toujours présumé posséder pour soi, à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre. C'est la présomption de *non précarité* (art. 2230). A l'inverse, quand il est établi qu'« on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire ». C'est la présomption de *non intervention du titre* (art. 2231).

Ces deux présomptions ne sont, au fond, qu'une application des principes généraux en matière de Preuve. C'est à celui qui allègue un fait juridique de nature à modifier un état de choses apparent, d'en produire la démonstration. La présomption de non-précarité, dit encore Ihering, fait honneur au bon sens du législateur français. Grâce à elle, jusqu'à ce qu'on ait démontré la précarité de sa possession,

tout détenteur sera, aussi bien à l'égard du prétendu propriétaire que d'un tiers qui le troublerait, muni de la protection possessoire dans toute son étendue (Civ., 2 mars 1908. D. 1911. 1. 37).

A la présomption de non-interversion se rattache le principe, énoncé par l'article 2240, qu'« on ne peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession ». Un exemple classique est celui du détenteur qui, après la mort du propriétaire, se maintient sur l'immeuble affermé sans acquitter ses redevances. Après trente ans écoulés, l'héritier du propriétaire, apprenant la situation, veut reprendre l'immeuble. Le détenteur ne serait pas admis à lui opposer la prescription, en alléguant qu'à la date de la mort de son auteur il a commencé à posséder comme prétendant à la propriété. La détention ne peut se transformer en possession par un simple changement dans l'état d'esprit du détenteur; sinon, il faudrait se livrer, pour démontrer ce changement d'*animus*, à des recherches psychologiques trop délicates, dont la Loi a répudié la production (Req., 12 juillet 1905. D. 1907. 1. 141).

A l'inverse, supposons que le fermier, à la mort du propriétaire, achète l'immeuble d'un vendeur qui se donne à tort pour son héritier. Ou encore, supposons que le propriétaire, à l'expiration de son bail, réclame la restitution de l'immeuble et que le détenteur la refuse, en invoquant des titres qui établissent qu'il est, lui, légitime ayant cause du propriétaire précédent. Si la situation se prolonge pendant le délai nécessaire à la prescription, le bailleur (ou son héritier) aura perdu la possibilité de reprendre l'immeuble, quand même il pourrait démontrer l'inexactitude des dires du détenteur. L'interversion du titre de ce dernier est possible, parce que le chan-

gement dans ses dispositions d'esprit est manifesté, se traduit par des faits extérieurs d'une signification indiscutable et qu'il n'est plus besoin, pour l'établir, de se livrer aux recherches subjectives que la Loi a voulu repousser. Encore et toujours l'apparence.

On peut enfin signaler une différence, du point de vue de la Preuve, entre les Servitudes continues et les Servitudes discontinues. Ces dernières sont, en général, des actes de simple tolérance, dont on ne saurait faire résulter l'acquisition d'un droit. Il est pourtant possible que des actes de cette catégorie correspondent à des servitudes d'ordinaire continues. Ainsi, sans concéder à un voisin une servitude de vue, on peut l'autoriser, à titre de tolérance, à ouvrir une fenêtre d'aspect dans le mur bordant sa propriété, mais à condition que cette fenêtre sera fermée à première réquisition. Seulement, dans ce cas, on devra présumer jusqu'à preuve du contraire qu'il y a *animus possidendi* chez le propriétaire de la fenêtre : ce sera à son adversaire à démontrer que l'ouverture n'a eu lieu qu'en vertu d'une simple tolérance de sa part. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'actes correspondant à une servitude discontinue — passage, puisage ou abreuvement — on présume qu'il y a simple tolérance ; mais la preuve contraire peut toujours se faire par la production d'un titre, et généralement par tous les moyens de preuve employés à démontrer l'existence d'une convention (Civ., 23 février 1904. D. 1905. 1. 359 ; Req., 20 février 1907. D. 1907. 1. 227).

On sait que la Prescription abrégée des immeubles par dix ou vingt ans nécessite deux conditions — juste titre et bonne foi — dont la réunion rend le possesseur particulièrement digne d'intérêt. Le possesseur est de bonne foi, quand il croit que son titre d'acquisition l'a rendu propriétaire de l'immeuble,

ou titulaire du droit réel qu'il voulait acquérir sur lui (*falsa opinio quæsiti domini*). Conformément aux principes généraux, la bonne foi se présume toujours chez le possesseur. « C'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver », dit l'article 2268 (Req., 22 mai 1906. D. 1906. 1. 351).

Nous avons vu que la Possession donne à celui qui l'exerce l'avantage d'être défendeur au procès en revendication. Le possesseur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (la bonne foi se présument) n'a donc aucune preuve à fournir. C'est à son adversaire à établir l'existence de son droit sur la chose. De plus, on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre. Telle est la règle générale. Mais, en matière de meubles, la Possession produit des effets bien plus étendus. Lorsque le possesseur est de bonne foi, c'est-à-dire jusqu'à preuve du contraire, la revendication ne peut, en principe, être intentée contre lui. La seule possession a suffi pour lui transférer la propriété, comme aurait pu le faire un titre régulier. Telle est la situation originale que consacre l'article 2279.

Originale, elle le paraît à bien des auteurs, pour qui elle constitue une anomalie, contraire au principe d'équité *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* et à d'autres principes non moins consacrés. Elle le paraît moins si on la rattache à l'idée d'apparence, légitimée par des nécessités pratiques impérieuses. Les meubles circulent en effet de main en main, avec la plus grande fréquence et la plus grande rapidité. C'est leur fonction, leur caractère, leur raison d'être. Il n'est pas d'usage de dresser d'écrit pour les transactions qui les concernent. Dès lors, comment l'acquéreur d'un objet mobilier pourrait-il réclamer de son auteur la production d'un titre éta-

blissant son droit sur la chose ? D'ailleurs, des deux intérêts en présence, celui qui paraît le plus digne de faveur est celui du possesseur. La Loi le suppose de bonne foi, alors que le propriétaire qu'elle sacrifie paraît coupable de négligence, de mauvais choix dans la personne de son mandataire. Si c'est, au contraire, par perte ou par vol que le propriétaire a été dessaisi, alors la faveur de la Loi se retourne de son côté. Elle lui sacrifie le possesseur de bonne foi, à l'encontre duquel le propriétaire pourra reprendre sa chose : solution dure, mais tempérée par l'obligation imposée au revendiquant de restituer le prix, lorsque le tiers de bonne foi a acheté le meuble dans des conditions de nature à créer en sa faveur un état d'apparence satisfaisant (art. 2280-1°).

On a prétendu que l'article 2279 crée au profit du possesseur une présomption de propriété, devant laquelle cède le droit du propriétaire. La doctrine la plus récente rejette cette explication, pour y voir un cas d'acquisition par l'effet de la Loi. La jurisprudence semble pourtant se ranger au système de la présomption légale, nombre d'arrêts décidant que l'article 2279 repose sur une présomption de propriété qui ne peut être détruite par la preuve contraire (Req., 27 mars 1889. D. 1890. 1. 413). Ce que les arrêts entendent dire, c'est que le revendiquant ne peut triompher qu'à la condition de prouver que la possession renferme quelque vice, ou que le possesseur est de mauvaise foi.

On n'ignore pas que la Possession, pour être ainsi protégée, doit être continue, paisible, publique et non équivoque. De cette dernière condition, la jurisprudence a fait de nombreuses et utiles applications, de manière à empêcher que la règle *En fait de meubles, possession vaut titre* n'aboutisse à couvrir des actes frauduleux. Le cas le plus fréquent est

celui des prétendus Dons manuels de titres ou objets précieux détenus, après la mort d'un individu, par une personne ayant partagé son toit de son vivant, en qualité de parent, domestique, etc. Dans ce cas, le détenteur ne sera pas, il est vrai, tenu de faire la preuve du don manuel qu'il invoque. Mais l'héritier pourra s'attacher à la circonstance de la vie commune avec le défunt, pour taxer d'équivoque la possession alléguée à son encontre. En effet, le détenteur a pu, à raison de sa qualité, s'emparer aisément des objets en question (Req., 16 janvier 1902. S. 1902. 1. 85). A la vérité, la communauté de vie ou d'habitation ne suffit pas, à elle seule, à rendre la possession équivoque (Req., 18 décembre 1894. D. 1895. 1. 364), mais elle y contribue, si elle est jointe à d'autres circonstances de nature à entraîner la conviction du juge (1). D'une manière générale, c'est à

(1) La preuve du Don manuel donnant lieu à de fréquentes contestations et fournissant, d'autre part, une des illustrations les plus saisissantes de la théorie de l'apparence, nous croyons devoir lui consacrer quelques développements.

L'hypothèse est double. Tantôt c'est le donateur ou ses héritiers qui ont besoin de faire la preuve : le donateur, parce qu'il veut exercer l'action en révocation ou le droit de retour ; les héritiers, parce qu'ils veulent contraindre le donataire à effectuer le rapport ou à subir la réduction. Tantôt c'est le donataire qui entend apporter la preuve de la donation, par exemple lorsque les héritiers soutiennent que des objets ayant appartenu au défunt et se trouvant en sa possession ont été détournés par lui, et que le détenteur se défend en alléguant qu'il les a reçus en don manuel.

La première hypothèse est la plus simple. Bien que le don manuel se réalise par un acte matériel qui est la tradition, il reste soumis aux règles ordinaires de la Preuve, en l'absence de texte dérogatoire. Ce qu'il s'agit de démontrer, ce n'est pas l'acte matériel, c'est le contrat : on ne peut donc se soustraire à l'observation des règles établies pour la démonstration de toute manifestation de volonté. Le donateur agira prudemment en rédigeant un écrit, s'il veut réserver à lui-même ou à ses héritiers, la possibilité de prouver le don ; mais c'est là

celui qui revendique à prouver la mauvaise foi du possesseur — preuve qu'il pourra faire, il est vrai, par tous les moyens possibles (Req., 27 mars 1889, précité).

On s'est demandé si le réclamant, à supposer qu'il ne soit pas en état de faire la preuve des faits par lui allégués, pourrait se contenter de revendiquer le meuble en disant que l'article 2279 ne concerne que

une précaution rarement prise, à cause du secret qui entoure habituellement le don manuel.

La seconde offre plus d'intérêt : A qui des deux adversaires va incomber la Preuve ? La question est importante, car on comprend que celui qui est chargé de l'administrer succombera souvent, faute d'éléments suffisants pour établir sa prétention. Pour la résoudre, la jurisprudence part de ce principe que le donataire est protégé par la maxime de l'article 2279, tant que ses adversaires n'ont pas renversé ce moyen de défense en prouvant que sa possession manque de l'un des éléments requis par la Loi, qu'elle est clandestine ou équivoque, ou entachée de mauvaise foi. (Civ., 12 août 1892 ; D., 1892, 1.623 ; Req., 5 décembre 1893 ; D., 1894, 1.48 ; Civ., 17 janvier 1898 ; D., 1898, 1.479). Certains auteurs ont combattu cette solution, prétendant que l'article 2279 viserait uniquement le cas où le propriétaire d'un meuble le revendique contre un tiers qui l'a acquis *a non domino*, mais non celui où l'action est intentée par le *tradens* ou ses héritiers contre l'*accipiens*. La vérité, c'est que le possesseur est protégé contre toute action, d'où qu'elle vienne, jusqu'à ce que son adversaire ait fait sa preuve. Donc, si les héritiers du donateur prétendent que le possesseur est un détenteur précaire, ils devront prouver l'existence du contrat qu'ils invoquent, conformément aux règles des articles 1341 et 1347. Soutiennent-ils que la possession est entachée d'un vice ? Ils pourront en faire la preuve par tous moyens, même par simples présomptions.

Dans la pratique, les allégations le plus souvent accueillies par les tribunaux sont les suivantes : Le possesseur a dissimulé, lors de l'inventaire de la succession, l'existence du prétendu don manuel et ne l'a invoquée qu'au moment où les valeurs ont été découvertes en sa possession. Ou bien, il s'est abstenu de toucher les coupons des titres qu'il prétend lui avoir été donnés, ou il les a fait toucher par un tiers (vice de

les rapports du propriétaire avec les tiers détenteurs; mais non avec celui qui tient directement la chose de lui. La jurisprudence répond négativement à cette question. Elle décide que la règle *En fait de meubles...* peut être invoquée par l'acquéreur contre celui qui lui a remis la chose. Aussi bien, les motifs d'utilité publique et d'équité qui justifient la règle ne permettent pas d'exposer les acquéreurs qui n'ont pas fait dresser d'écrit à se voir évincés par des aliénateurs de mauvaise foi, à qui il suffirait ensuite d'invoquer une prétendue nullité du contrat pour rejeter sur le possesseur la charge de la Preuve. « L'article 2279, dit la Cour de cassation, ne met pas le possesseur d'objets mobiliers à l'abri d'une action en restitution, quand il est personnellement obligé à restituer; mais cette règle implique, pour l'auteur d'une telle action, la charge de justifier du lien personnel sur lequel elle est fondée. » (Req., 5 décembre 1893. D. 1894. 1. 48.)

Il ne s'agit pas là, comme on a paru le croire, d'une suppression de la revendication. Au fond, il

clandestinité). Ou bien, les héritiers argueront que le possesseur se trouvait, vis-à-vis du prétendu donateur, dans une situation qui lui permettait de s'approprier facilement les valeurs suspectes : par exemple, qu'il vivait avec le défunt, avait la disposition des clefs, s'occupait de ses affaires, recevait l'argent, touchait les coupons, faisait les paiements (vice d'équivoque). Le caractère douteux de la possession peut, d'ailleurs, résulter de circonstances extrêmement variées (Angers, 24 mars 1905 ; D. 1905, 5.43). Ce sont les juges qui en apprécieront souverainement la valeur. En tout cas, lorsque les demandeurs auront prouvé que la possession est équivoque ou clandestine, la situation se trouvera renversée. Le possesseur, n'étant plus protégé par l'article 2279, sera obligé de prouver, conformément au Droit commun, le don manuel qu'il invoque. (Aix, 3 février 1902 ; D., 1904, 2.289 ; Req., 18 mars 1907 ; D., 1907, 1.201 ; Req., 30 juin 1908 ; D. 1908, 1. 440).

n'y a qu'une question de Preuve en jeu. Tout ce qui résulte de la jurisprudence, c'est que le défendeur a besoin de faire sa preuve. Le possesseur du meuble n'a qu'à attendre la démonstration de la précarité de son titre. Une telle solution est la conséquence logique des principes qui régissent la matière de la Possession, aussi bien que celle des Preuves.

La bonne foi entraîne une autre conséquence au profit du possesseur. Elle permet l'acquisition des fruits, et, à cet égard, le simple titre putatif suffit. On doit toutefois signaler une différence importante, au point de vue de la Preuve, entre le cas où le titre constitutif de la bonne foi est réel, et celui où il n'a qu'une existence putative. On dit quelquefois qu'il faut appliquer le principe de l'article 2268, d'après lequel la bonne foi est toujours présumée (Civ., 11 janvier 1887. D. 1888. 5. 269). Ce n'est pas toujours exact, au moins en ce qui concerne l'existence du titre. Il faut faire la distinction suivante : Si le possesseur invoque un titre putatif, c'est à lui de prouver sa bonne foi, c'est-à-dire de démontrer qu'il a eu des raisons de croire à l'existence d'un titre régulier. Si, au contraire, il y a titre effectif, à supposer le titre nul, le possesseur n'aura pas à prouver son erreur. Ce sera au demandeur à démontrer, pour le contraindre à restituer les fruits, qu'il les a perçus sciemment, en connaissance de la cause de nullité (Civ., 8 janvier 1872. D. 1873. 1. 57). Mais il faut pour cela que l'erreur constitutive de la bonne foi du possesseur soit une erreur de fait. S'il alléguait une erreur de Droit, étant donné que nul n'est censé ignorer la Loi, ce serait à lui à faire la preuve de l'erreur où il s'est trouvé.

La question de savoir quand le possesseur perd la bonne foi et cesse, dès lors, de faire les fruits siens, est évidemment une question de fait que les tribu-

naux résoudront d'après les circonstances de la cause. Cependant; on rencontre de nombreuses décisions portant que le possesseur doit être présumé de mauvaise foi à partir de la demande dirigée par le propriétaire, ce que la Doctrine s'accorde à trouver quelque peu exagéré, le possesseur pouvant considérer la revendication comme mal fondée (Civ., 21 décembre 1903. D. 1908. 1. 377).

Un autre cas — assez peu pratique, il est vrai — est celui de la Destination du père de famille. On sait que la Loi exige plusieurs conditions pour qu'une servitude puisse être ainsi constituée. Il doit être prouvé : d'abord, que « les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire » (article 693) ; ensuite, que c'est ce même propriétaire qui a mis la chose « dans l'état duquel résulte la servitude ». Il faut, en outre, que les circonstances qui ont précédé ou accompagné l'acte de séparation n'excluent pas la présomption de volonté supposée par la Loi (Req. 7 mars 1876. D. 1878. 1. 69). Ou bien celui qui prétend à la servitude est à même de produire l'acte de séparation : alors la présomption touche à l'évidence, et la Loi se contente de cette condition que la servitude soit apparente. Ou bien il est impossible de produire l'acte de séparation : dans ce cas, on est en présence d'éléments de conviction moindres, et, pour que la seule circonstance du maintien de l'état de choses antérieur puisse être considérée comme une preuve de l'assentiment du propriétaire assujetti, il faut qu'il s'agisse d'actes impossibles à expliquer par une simple tolérance, autrement dit, d'une servitude apparente et continue (Civ., 6 novembre 1906. D. 1907. 1. 100).

Nous avons vu comment la Loi protège la Possession, en lui attribuant certaines conséquences juridiques. Cette protection comporte un autre aspect :

l'attribution des Actions possessoires. La question se pose fréquemment à propos des servitudes. Mais les actes d'exercice d'une servitude ne prennent le caractère d'une véritable possession protégée par la Loi, que s'il s'agit d'une servitude continue et apparente. Dans le cas contraire, les actes d'usage sont présumés être de simple faculté. Une nouvelle conséquence de cette idée, c'est que l'exercice des servitudes discontinues ou non-apparentes n'est pas protégé par les actions possessoires. Dès lors, quand le propriétaire du fonds assujetti s'oppose à la continuation de cet exercice, l'autre partie doit interrompre ses actes de jouissance, quitte à prouver l'existence de son droit par l'action confessoire. C'est ce que la jurisprudence a maintes fois décidé à propos des troubles apportés à l'exercice d'un droit de passage (Req., 13 juillet 1897. D. 1898. 1. 247). Toutefois, elle a apporté à cette solution plusieurs tempéraments :

Ainsi, lorsque le demandeur soutient, non pas qu'il exerce une servitude, mais qu'il est propriétaire ou copropriétaire du chemin sur lequel il passe, il peut se faire maintenir en possession, à condition que les actes qu'il invoque soient de nature à faire présumer, non une servitude, mais un véritable droit de propriété. De même, l'action possessoire peut être exercée pour faire respecter la servitude de puisage, si les actes accomplis par le demandeur correspondent bien à la propriété réelle du puits litigieux (Req., 7 avril 1894. D. 1894. 1. 393).

En outre, quand celui qui exerce la servitude invoque un titre à l'appui de sa possession, ce titre enlève aux actes d'exercice leur caractère de tolérance, et ceux-ci peuvent dès lors servir de base à une action possessoire. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, qu'il constitue en lui-même la preuve complète du droit

invoqué. Il suffit qu'il fasse présumer que la possession n'est pas entachée de précarité, mais s'exerce en vertu d'un droit (Req., 14 novembre 1910. D. 1911. 1. 63).

Enfin, quand la servitude discontinue ou non-apparente est établie par la Loi elle-même — par exemple, le droit de passage en cas d'enclave — le propriétaire peut se faire maintenir en possession, à charge de prouver que les conditions exigées pour l'existence de la servitude se trouvent réunies : dans l'espèce, à condition de prouver que son fonds n'a pas d'issue sur la voie publique (Req., 10 décembre 1906. D. 1907. 1. 288).

Mais la question-type, celle qui résume toute la théorie des Preuves en matière patrimoniale, est celle de la preuve des Droits réels — de la Propriété tout d'abord. La littérature juridique est particulièrement abondante. Auteurs et arrêts ont rivalisé pour édifier une théorie à la fois solide et harmonieuse, très originale et très difficile à rattacher aux dispositions générales de notre Droit.

Un premier point à élucider est celui de savoir si les règles énoncées par le Code en matière de Preuve trouvent ici leur application. Nous verrons que la jurisprudence semble souvent les éluder. Ce n'est point pour des raisons de texte, puisque les règles en question, bien que consacrées à la preuve des obligations, ont trait à celle des actes et des faits juridiques quels qu'ils soient. Il y a cependant un principe dont il faut faire l'application : c'est précisément notre article 1315. Il en résulte que le possesseur actuel de la chose revendiquée n'a, en principe, rien à prouver. Il n'a qu'à attendre que son adversaire prouve contre lui. L'intérêt de cette sanction n'est pas tant de procurer à un possesseur menacé d'éviction l'avantage d'une prolongation peut-être

éphémère de sa jouissance : c'est de lui conserver le bénéfice de la défensive, et de rejeter sur son adversaire le fardeau d'une preuve difficile.

Il ne s'agit pas de la propriété mobilière. Nous avons vu qu'en vertu de l'article 2279 le possesseur de bonne foi est protégé contre toute revendication, et sa bonne foi présumée jusqu'à preuve contraire. Celui qui revendique un meuble devra donc prouver : d'abord, que le possesseur actuel est de mauvaise foi, ou que la possession est viciée ; ensuite, qu'il avait lui-même possédé la chose auparavant. Ceci équivaut à prouver sa propriété, puisque la possession était pour lui l'équivalent d'un titre. Il y a d'ailleurs un cas où la première des deux démonstrations est épargnée au demandeur : c'est le cas de perte ou de vol depuis moins de trois ans.

C'est en matière de propriété immobilière que se rencontrent des difficultés bien plus graves. Celui qui veut démontrer sa propriété doit établir le fait d'où résulte son droit. S'il est en mesure de prouver qu'il a possédé, par lui-même ou par ses auteurs, pendant le temps requis pour la prescription, il est dispensé de produire aucun titre. Mais cette démonstration n'est pas toujours possible. Fût-il à même d'établir une possession continue, il arrivera fréquemment que son adversaire puisse invoquer à son encontre une cause de suspension de la prescription. Il faut alors que le demandeur établisse son droit par la production des titres qui l'ont rendu propriétaire. Cela ne suffit pas encore, car ces titres ne sont valables qu'à la condition d'émaner d'un auteur qui fût lui-même propriétaire. Il faut donc que l'acquéreur démontre aussi le droit de son auteur, et ainsi de suite jusqu'à l'infini. C'est bien la *probatio diabolica* des vieux juristes, le *rouet* de Montaigne.

Le problème avait été résolu, en Droit romain,

grâce à l'emploi de l'action Publicienne. A l'origine, l'acquéreur par simple tradition n'avait pas, contre l'usurpateur, la revendication, réservée au seul *dominus*. C'est alors que le prêteur, par la voie d'une action fictice, feignit que le demandeur eût déjà accompli l'usucapion, à condition qu'il réunît les éléments nécessaires : juste titre et bonne foi. Plus tard, la distinction des propriétés quiritaire et bonitaire s'étant effacée, la tradition était devenue le mode normal d'acquisition des droits réels. Une condition restait requise, c'est que l'auteur fût bien le *verus dominus*. L'acquéreur devait donc, pour démontrer sa propriété, prouver le *dominium auctoris* Ulp. 20 pr. D. *De acquir. rer. dom.*, XLI, 1). On feignit alors que celui qui a reçu la chose d'un *tradens* dont il ne peut démontrer le *dominium* eût déjà usucapé. Il pouvait, en conséquence, revendiquer son bien entre les mains d'un usurpateur. Toutefois, il se heurtait à l'exception *justi dominii*, si le défendeur à la revendication était justement le *verus dominus*.

Il se pouvait encore que le défendeur fût lui-même *in via usucapiendi*, c'est-à-dire en passe d'invoquer lui aussi la fiction Publicienne. Dans ce cas, on se trouve en présence d'un conflit entre deux possessions. On le résoudra par la comparaison. Le demandeur aura la préférence, s'il appert qu'il ait une possession meilleure, rendant son droit plus probable : par exemple, s'il peut justifier du titre et de la bonne foi, ou d'une possession plus ancienne, s'il tient la chose du même auteur. Mais, si les deux adversaires ont des auteurs différents, il semble bien que le défendeur étant en mesure, lui aussi, de justifier des conditions exigées, il peut opposer l'exception Publicienne à la revendication et rester en possession de la chose.

De nos jours, les décisions de la jurisprudence peuvent se ramener aux cas suivants :

Le défendeur est en possession de l'immeuble, sans avoir de titre. Le demandeur le revendique, sans en produire davantage. Il semblerait que sa demande dût être repoussée par simple application du principe de l'article 1315. Cependant la jurisprudence a, de bonne heure, admis que le revendiquant l'emportera, s'il justifie d'une possession plus ancienne que celle du défendeur, à condition que sa possession à lui ait été mieux caractérisée (Req., 22 décemb. 1891. D. 1892. 1. 512). Qu'est-ce à dire ? Ce peut être que la possession actuelle est entachée de quelque vice, ou encore ce fait que le revendiquant a possédé en vertu d'un titre, ne fût-il pas démontré que ce titre émane du *verus dominus* ; ce peuvent être encore les indications du cadastre (Grenoble, 13 février 1891. D. 1893. 2. 90). Si la possession ancienne du revendiquant ne présente aucune supériorité sur celle du défendeur, la revendication doit être repoussée (Civ., 10 janvier 1860. D. 1860. 1. 74).

Dans une autre hypothèse, le demandeur ne justifie pas qu'il ait lui-même possédé plus anciennement ; mais il produit un titre attestant que l'immeuble lui a été vendu ou donné avant que le défendeur en eût pris possession. Depuis 1864, la jurisprudence admet que le demandeur devra, dans ce cas, l'emporter (Req., 17 juillet 1894. D. 1895. 1. 152). Bien entendu, il faut que le titre n'émane pas du demandeur lui-même : par exemple un plan d'alignement dressé par une commune, et que celle-ci produirait à l'appui de sa propre revendication (Aix, 18 février 1892. D. 1892. 2. 483). Mais, du moment que le titre produit par le demandeur émane d'un tiers, et que le défendeur ne peut justifier d'une possession plus ancienne, ce dernier devra succomber,

sans pouvoir objecter qu'il n'a pas participé à l'acte (Civ., 14 juin 1904. D. 1905. 1. 8 ; Req., 2 janvier 1907. D. 1907. 1. 125).

La troisième hypothèse est celle du conflit entre deux titres. Les arrêts font alors la distinction suivante :

Les deux titres émanent-ils de la même personne ? S'ils sont soumis aux formalités de la loi de 1855, c'est la priorité de transcription qui décidera. S'il s'agit de testaments, c'est le plus récent qui l'emportera, puisqu'il annule les précédents. Les deux titres émanent-ils, au contraire, d'auteurs différents ? Certains arrêts professent cette opinion simpliste, que le plus ancien doit l'emporter (Orléans, 25 juillet 1895. D. 1896. 2. 230). Mais l'opinion qui prévaut est plus rationnelle : la comparaison à établir entre les deux possesseurs s'instituera entre leurs auteurs respectifs. Si le revendiquant établit que son auteur à lui l'eût emporté sur celui du possesseur, comme ayant une possession plus ancienne et mieux caractérisée ou ayant produit un titre, la revendication devra triompher. Le défendeur conservera l'immeuble dans le cas contraire. La Cour de cassation décide à ce sujet que, les deux titres contradictoires se neutralisant, il appartient aux juges de se prononcer « d'après les circonstances de la cause » (Civ., 12 novembre 1907. D. 1908. 1. 313). De là, la célèbre formule d'Aubry et Rau : Le revendiquant, pour faire preuve de sa propriété à l'encontre d'un possesseur, n'a pas besoin de remonter, dans sa démonstration, toute la chaîne de ses devanciers. Il lui suffit de faire preuve d'un droit *meilleur et plus probable*.

Il nous reste à chercher le fondement théorique de cette jurisprudence, dont les auteurs approuvent les résultats, tout en regrettant l'insuffisance de ses arguments. On a parfois prétendu que, suivant la

tradition de notre ancien Droit, elle aurait conservé aux demandeurs en revendication le bénéfice de la Publicienne. La dispense de la preuve des transmissions successives, la comparaison des deux possessions, sembleraient l'indiquer ; de même, la condition de la bonne foi chez le revendiquant, comme élément essentiel d'une possession mieux caractérisée. Mais il n'en est pas ainsi de la seconde condition, le juste titre. Nous avons vu que la jurisprudence n'exige pas toujours un titre du revendiquant, mais parfois une simple possession antérieure. Dans le cas où le demandeur exhibe un titre, elle accueille indistinctement les actes translatifs de propriété et les actes simplement déclaratifs, tels qu'un partage ou un jugement (Civ., 3 janvier 1905. D. 1908. 1. 441). Il n'y a pas là, d'ailleurs, un échec au principe de la relativité, puisque le défendeur conserve toujours la faculté d'opposer une preuve contraire.

Cependant, si la jurisprudence ne peut, malgré des analogies incontestables, se rattacher au système de la Publicienne, il est possible de la justifier par une simple référence aux règles fondamentales de la Preuve. « Il n'est pas vrai, disent MM. Colin et Capitant, de prétendre que notre Droit présente une lacune, parce qu'il n'a pas statué sur la preuve du droit de propriété. En réalité, notre législation ne réglemente pas la preuve des droits ; elle organise la preuve des actes ou des faits dont découlent ces droits. La preuve des faits, c'est la preuve libre, par tous les moyens possibles, notamment par présomptions ou indices simples (art. 1348)... La preuve des actes, au contraire, c'est la preuve par titre, c'est-à-dire par écrit (art. 1341). Or, la propriété peut résulter soit d'un fait, soit d'un acte... Si le revendiquant entend rattacher son prétendu droit à un fait, il doit pouvoir en faire la preuve par simple présomption.

Si, au contraire, ce qui est le cas le plus fréquent, il invoque un acte de vente, de donation ou d'échange, il semble au premier abord qu'il tombe sous le coup de l'article 1341 et qu'il soit obligé de produire des titres... ce qui l'accule à la *probatio diabolica*, reconnue impraticable en cette matière ». Mais précisément, « l'article 1348 permet la preuve par présomptions simples, chaque fois que l'intéressé a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale ». Or, c'est le cas ici, puisque l'acquéreur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite opposable à tous.

« Ainsi, notre jurisprudence s'éclaire et se justifie à merveille. Le revendiquant qui critique la situation du possesseur actuel en se fondant sur une possession antérieure, ou qui produit un titre plus ancien, ou qui invoque un partage ou un jugement... ne produit pas de preuve, au sens technique du mot. Il invoque une simple présomption, un indice qui peut déterminer la conviction du juge... La possession actuelle du défendeur était une présomption en sa faveur ; la possession plus ancienne du revendiquant en sera une autre en faveur de celui-ci... Elle l'emportera sur la première, si elle est mieux caractérisée,... plus forte, plus persuasive : un titre écrit sera une présomption plus forte que la simple possession. » D'ailleurs, les juges devant qui ces présomptions seront produites, sont libres d'en apprécier la valeur, à condition qu'elles soient graves, précises et concordantes (art. 1353). « En somme, concluent ces auteurs, il convient de modifier légèrement la formule classique d'Aubry et Rau ... On ne triomphe pas dans une revendication en faisant preuve, à l'encontre du possesseur, d'un droit meilleur et plus probable, mais en lui opposant des présomptions, des probabilités meilleures que celles qui

découlent du fait de sa possession. » Cette *hiérarchisation* des preuves, pour employer le mot de M. de la Grasserie, aboutit à la consécration formelle, par la doctrine la plus moderne, de l'idée d'apparence.

En matière de Servitudes, la question paraît singulièrement moins complexe. Pour démontrer l'existence d'une servitude, il faut nécessairement prouver qu'elle a été créée par l'un ou l'autre des modes prévus par la Loi. On ne pourrait invoquer, comme en matière de Propriété, des présomptions de fait. Il n'y a plus les mêmes motifs de les admettre, car la naissance de la servitude n'est pas reculée jusqu'à l'infini dans le passé.

Sur qui va retomber le fardeau de la Preuve ? Une opinion traditionnelle soutient qu'elle incombe au défendeur. Le demandeur n'aurait qu'à établir son droit de propriété ; son adversaire, en se prétendant titulaire de la servitude, invoquerait une exception dont il doit apporter la preuve. C'est l'éternel argument d'une présomption de liberté en faveur des héritages (Agen, 23 novembre 1857. D. 1858. 2. 27). Mais, objecte-t-on, lorsque le propriétaire du fonds servant a établi son droit de propriété, a-t-il justifié sa demande ? Non, semble-t-il, car le défendeur n'a jamais nié la propriété de son adversaire ; le débat ne porte que sur l'existence de la servitude, et c'est sur ce seul point que la preuve doit être fournie. Le défendeur n'oppose pas une exception, il se contente de nier le bien-fondé de la demande. Qu'on n'objecte pas la difficulté d'une preuve négative imposée au demandeur : il n'a qu'à écarter successivement les trois modes d'établissement des servitudes pour voir sa prétention triompher. Ne l'oblige-t-on pas, dans l'hypothèse d'un débat élevé sur l'étendue de la servitude, à démontrer l'abus

commis dans son exercice ? (Limoges, 20 novembre 1843. S. 1844. 2. 158).

La solution nous est donnée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. En supposant que le défendeur ait exercé en fait une servitude continue et apparente, la quasi-possession engendre bien, si l'on veut, une présomption favorable à l'existence du droit (Civ., 6 juillet 1892. D. 1892. 1. 488) ; mais la question est de savoir si cette présomption pourra être utilisée contre celle de la liberté des héritages. On l'affirme — à tort, car la preuve par présomption des servitudes n'est pas admise, à moins qu'il ne s'agisse de la prescription. L'erreur vient d'une assimilation hâtive aux règles de la revendication. Dans cette dernière, la preuve du droit de propriété repose toujours sur une présomption plus ou moins forte, et la possession est par elle-même une présomption. D'autre part, le possesseur est défendeur, et il doit triompher lorsque l'adversaire n'a pu prouver sa demande.

Tout autre apparaît l'action négatoire. Le demandeur est propriétaire : du même coup, sa propriété est présumée libre. Pour que le défendeur triomphe, il faut qu'il détruise la présomption favorable à l'adversaire, qu'il prouve l'existence de la servitude. Or, la quasi-possession est insuffisante, car la servitude ne résulte que du titre, de la destination du père de famille ou de la prescription, et son existence ne se prouve pas par présomption. La qualité de défendeur n'est pas même un gage de succès, puisque l'adversaire, le propriétaire, a déjà fait sa preuve, grâce à une présomption demeurée intacte. Là encore, c'est le système de l'apparence qui règne ; mais, autant il se montre souple en matière de propriété, autant il se révèle dur et rigide en ce qui concerne ses démembrements.

SECTION TROISIEME

LES OBLIGATIONS

La théorie générale des Obligations n'est pas moins féconde en exemples, touchant la charge de la Preuve et le rôle qu'y joue l'apparence. Cela n'est pas fait pour nous surprendre. Cette matière, qui est peut-être la plus juridique du Droit civil, c'est-à-dire la plus théorique, la plus basée sur des idées, s'est, au cours du siècle dernier, transformée de la même manière que la Famille ou la Propriété. Sans doute, la partie technique est restée, dans une large mesure, ce qu'elle était autrefois — et ceci a pu illusionner les auteurs, même les plus récents, sur son caractère prétendu immuable. Le fond a changé : ce qui est resté, c'est la surface et le système.

La conception classique de l'Obligation repose sur une doctrine : celle de l'Autonomie de la Volonté. Avouée ou non, cette doctrine inspire les solutions des jurisconsultes du siècle dernier, et aussi celles du Code civil. Pour elle, le Droit n'est autre chose que la liberté initiale et souveraine de l'individu : tout procède de la volonté libre, de même que tout aboutit à cette volonté. Les droits de l'individu se trouveraient violés, s'il était soumis à des obligations ou à des lois qui n'eussent pas leur source dans son libre vouloir. Comme, de toutes les manifestations de la volonté, le Contrat est la plus réfléchie et la mieux adaptée à ce but, il constituera le phénomène juridique par excellence, le fondement sur lequel repose toute institution et toute obligation. C'est à cette opération-type que s'appliquera, dans toute sa rigueur, l'article 1315 ; et, dans cette opération, on s'attachera exclusivement à la volonté

réelle des parties. A l'inverse, si tout procède de la volonté, tout y aboutit. Les seules limites légitimes que le Droit puisse apporter à l'autonomie individuelle doivent avoir pour but d'empêcher les empiètements mutuels des libertés. A l'intérieur des limites ainsi établies, la volonté est souveraine, et le Droit doit en tenir pour bonnes toutes les manifestations. En conséquence, la responsabilité elle-même repose sur la volonté par l'intermédiaire de la notion de faute, c'est-à-dire d'acte volontaire illicite.

Une telle conception apparaît, au regard des solutions jurisprudentielles, singulièrement incomplète et inexacte. Dans les très nombreuses difficultés auxquelles donne lieu l'inexécution des obligations secondaires résultant d'un contrat, les « attendus » seront, la plupart du temps, un pur hommage rendu à la théorie. Une institution aussi importante que la résolution judiciaire des contrats, où la Preuve joue forcément un large rôle, est actuellement inexplicable par la seule théorie de l'autonomie de la volonté. C'est ainsi que la jurisprudence a fait de l'obligation de bonne foi, à peine mentionnée par le Code et les auteurs, une application féconde. Elle décide que si, le contrat passé, une des parties commet un acte tel qu'une atmosphère de méfiance pèse désormais sur leurs relations, la résolution devra être prononcée sur ce motif purement extérieur (Req., 18 juin 1902. D. 1903. 1. 342) (1).

(1) De même, dans la théorie classique des vices du consentement, il suffisait que le demandeur prouvât qu'il a commis une erreur sur un motif, une qualité auxquels, dans son esprit, était subordonnée la validité du contrat. Or, d'après certains arrêts, c'est en vain qu'il offrirait une pareille démonstration, s'il est lui-même l'auteur responsable de son erreur et si l'annulation devait créer un dommage positif au détriment de l'autre partie. (Besançon, 1^{er} mars 1864 ; D., 1864, 2.61).

Dans le domaine de l'exécution de l'obligation, on sait que, d'après l'article 1302, le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit (ou la force majeure) qu'il allègue, et l'impossibilité d'exécuter qui en est résultée pour lui. C'est l'application des règles du Droit commun en matière de Preuve. Si l'on suppose l'obligation établie, le débiteur doit prouver sa libération, et, pour cela, il doit démontrer, non pas simplement que la chose a péri, mais bien qu'elle a péri par cas fortuit. La perte seule n'entraîne pas toujours la libération (Cass. belge, 18 février 1892. S. 1892. 4. 31). Bien entendu, le créancier est recevable, s'il soutient que le cas fortuit a été occasionné par une faute du débiteur, ou s'est produit depuis la mise en demeure de ce dernier, à établir ce fait. Si le débiteur prétend que la chose qui a péri chez lui, après sa mise en demeure, eût également péri chez le créancier, c'est à lui de justifier cette allégation (Req., 20 mai 1874. D. 1876. 1. 33).

Mais il est des événements qui, s'ils peuvent constituer des cas fortuits, n'ont pas nécessairement ni même ordinairement ce caractère. Tel est l'incendie, car il ne résulte de la force majeure que lorsqu'il a été causé par la foudre. De même, le vol commis par un tiers est, le plus souvent, rendu possible par la faute ou la négligence du gardien de la chose volée. C'est pourquoi le débiteur ne cesse pas d'être responsable par cela seul qu'il établit le fait matériel de l'incendie ou du vol. La preuve de ces événements n'implique pas l'absence de faute. « Le vol, dit la Cour de cassation, n'a le caractère (de cas de force majeure) que lorsqu'il a été accompli dans des circonstances excluant la faute de celui auquel la garde de la chose était confiée... Le débiteur est tenu, pour sa libération, de prouver ces circonstances. » (Civ., 8 novembre 1881. D. 1882. 1. 54.) De même, le débi-

teur qui prétend trouver la cause de sa libération dans un incendie doit prouver que le sinistre présente bien les éléments d'un fait libératoire (Civ., 23 août 1858. D. 1858. 1. 539 ; Req., 3 juin 1874. D. 1876. 1. 371). La Loi a réglementé minutieusement cette hypothèse, à propos du contrat de louage (art. 1733-1734).

Notons toutefois qu'il n'est pas toujours nécessaire que le débiteur prouve précisément le fait extérieur cause de l'inexécution. Il lui sera parfois permis de prouver qu'il s'est comporté en bon père de famille. C'est ainsi que la loi du 18 juillet 1889 permet au colon partiaire de s'exonérer de toute responsabilité en cas d'incendie, en prouvant qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose. Dans ce cas, il y a présomption que le fait qui a mis obstacle à l'exécution de son engagement ne peut être qu'un cas fortuit ou de force majeure.

Ainsi, en matière contractuelle, la charge de la Preuve, en ce qui concerne la faute, incombe au débiteur. Quelques interprètes vont même jusqu'à dire qu'il y a présomption de faute de la part de celui qui n'a pas exécuté. En réalité, c'est une pure et simple application des principes de la Preuve. Dès lors, l'obligation était-elle positive, le débiteur devant exécuter un travail déterminé ? le créancier n'a qu'à prouver le fait de l'obligation. Ce fait prouvé, c'est au débiteur à démontrer sa libération. S'agit-il d'une obligation négative, par exemple celle de ne pas passer par un chemin interdit ? le créancier doit prouver non seulement l'existence de l'obligation, mais encore l'accomplissement par le débiteur du fait qui lui était interdit.

Si les contractants ont inséré dans le contrat une clause pénale, le créancier n'a pas à prouver le préjudice que lui cause, soit le retard, soit l'inexécution;

car l'insertion de la clause fait que l'inexécution ou le retard est toujours présumé entraîner un préjudice évalué d'avance (art. 1226). La Cour de cassation décide, d'après l'article 1152, que le juge ne peut en modifier le chiffre. Le Code suisse (art. 163) et le Code allemand (art. 343) admettent, avec plus d'équité, que le tribunal peut diminuer la peine, s'il la trouve excessive. Ils décident aussi, par réciprocité, que le créancier peut obtenir des dommages-intérêts supérieurs, s'il prouve que la peine est inférieure au préjudice causé par l'inexécution (art. 161 et 340).

En ce qui concerne les obligations de sommes d'argent, le créancier a le droit d'obtenir des dommages-intérêts, sans être tenu de justifier d'aucune perte (art. 1153). On comprend aisément la raison de cette présomption de préjudice, basée sur la privation d'un capital qui, à défaut d'emploi spécial, eût été productif d'intérêts. Mais l'article 1153 ne déroge pas au Droit commun, en ce qui concerne la condition de la faute. Le débiteur de somme d'argent ne sera pas condamné à des dommages-intérêts, s'il peut démontrer le cas fortuit ou la force majeure. A l'inverse, il pourra se voir infliger des dommages-intérêts supplémentaires, s'il a causé au créancier, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant du retard. Ce complément d'indemnisation requerra, bien entendu, la preuve du préjudice (Civ., 26 janvier 1898. D. 1900. 1. 80 ; Civ., 16 juin 1903. D. 1903. 1. 407).

Un terrain d'élection pour la Preuve est l'exercice de l'action Paulienne. On sait qu'à côté de l'élément matériel du préjudice, il faut encore l'élément intentionnel de la fraude. Et il ne faut pas entendre ce mot comme synonyme du dol, comme exprimant le dessein prémédité de nuire, ce qui s'imposerait aux

yeux des partisans de l'autonomie de la volonté. La fraude Paulienne est simplement un état d'esprit, la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il va causer à ses créanciers. La preuve de cette connaissance est donc suffisante (Civ., 18 décembre 1890. D. 1894. 1. 263).

Pour les actes à titre onéreux, il faut, de plus, que les créanciers prouvent la complicité du tiers qui a traité avec le débiteur : par exemple, que l'acheteur connaissait la situation et les conséquences que son acte allait entraîner pour les créanciers (Paris, 11 juillet 1900. D. 1902. 2. 62). Cette distinction, qui n'est pas écrite dans l'article 1167, mais que les Romains avaient déjà énoncée (Ulp. 6, § 11 D.*Quæ in fraudem* XLII, 8) et que notre ancien Droit a toujours maintenue et pratiquée, repose sur une considération d'équité qui ne perdra jamais sa valeur (1).

Une difficulté s'est élevée en matière de constitu-

(1) En matière de promesse de Vente, pour que l'adhésion de l'*accipiens* à la pollicitation entraîne la vente, il faut que le pollicitant soit encore propriétaire. Si, auparavant, il avait cessé de l'être, par exemple par l'effet d'une autre vente, l'*accipiens* n'aurait pas le droit de revendiquer la chose contre le tiers acquéreur. Il pourrait seulement réclamer des dommages-intérêts au pollicitant, et poursuivre par l'action Paulienne la nullité de la vente faite par un autre acheteur, s'il prouvait que celui-ci a été complice de fraude dirigée contre lui. (Req., 15 avril 1902 ; D., 1903, 1.38).

De même, en matière de Compte courant, les créanciers de l'un des opérateurs pourront s'opposer aux envois de remises faits en fraude de leurs droits, à condition de prouver qu'il y a eu entente concertée à cet effet entre les deux parties.

La question s'est encore posée à propos du Partage d'ascendant. Il a été décidé que, si l'ascendant n'avait pas réservé les droits de ses créanciers, et n'avait point, par ailleurs, conservé en mains des valeurs suffisantes pour les désintéresser, ceux-ci pouvaient demander la révocation de la donation-partage, sans avoir à prouver la complicité des descendants. (Bourges, 18 juillet 1892 ; D., 1892, 2.609).

tion de dot. La jurisprudence, faisant passer, suivant sa coutume, l'intérêt de la famille avant celui du crédit, considère cette opération comme une donation à titre onéreux. Les créanciers ne peuvent donc la faire révoquer qu'à la condition de prouver — chose fort difficile — la complicité de l'enfant. Quant au mari de la fille dotée, on a toujours considéré qu'il recevait la dot à titre onéreux, pour subvenir aux charges du ménage. Si donc les créanciers veulent faire révoquer la constitution de dot, ils doivent prouver la mauvaise foi des deux époux, ce qui sera presque toujours impossible (Req., 16 novembre 1910. D. 1911. 1. 500). La Cour de cassation applique la même solution dans le cas où la dot a été constituée au mari. Ici encore, elle exige la complicité de la femme, parce que la constitution de dot intéresse au même titre les deux époux. L'action ne peut réussir qu'autant qu'un concert frauduleux a existé entre tous les intéressés (Civ., 18 décembre 1895. D. 1898. 1. 193).

Le créancier doit encore prouver l'antériorité de son titre à l'acte d'appauvrissement du débiteur. On ne saurait la présumer, en rejetant sur le défendeur la charge de la preuve de l'antidate. S'il en était autrement, il serait trop facile à un donateur qui se repentirait de sa libéralité, de susciter la demande d'un de ses créanciers postérieurs, pour faire tomber cette libéralité au moyen d'une antidate. La jurisprudence paraît cependant divisée (Paris, 16 mars 1893. D. 1893. 2. 280). Cette preuve doit se faire suivant les formes de l'article 1328 (1).

Dans le même ordre d'idées, l'article 1321 vise

(1) Les modifications et simplifications diverses que subit l'action Paulienne en matière de Faillite, au regard des actes passés pendant la période suspecte, seront étudiées avec le Droit commercial (Chap. III).

une hypothèse de simulation fréquente en pratique. Le débiteur aux abois réalise une vente fictive d'un élément de son patrimoine, au moyen d'une Contre-lettre par laquelle il déclare qu'il n'a pas eu l'intention de vendre. La Loi déclare que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Le débiteur ne pourra donc invoquer l'acte occulte passé par lui pour revendiquer son bien, si son complice l'a revendu à un tiers de bonne foi. Or, la théorie de l'autonomie de la volonté dit qu'il faut rechercher la volonté interne des contractants, en négligeant l'apparence de cette volonté. Comme il est vraisemblable que les tiers sont dans l'ignorance d'un acte qui, par définition, est resté secret, la règle est que la contre-lettre est sans effet à leur égard. C'est comme si la Loi appliquait d'office, en vertu d'une présomption de fraude, la sanction de l'action Paulienne. Ils ne peuvent invoquer que l'acte apparent. Mais la jurisprudence leur reconnaît la faculté de bénéficier de l'acte occulte, dans la mesure où l'apparence est détruite. Ceci pourra résulter, soit de la transcription de la contre-lettre, soit de la preuve apportée par l'adversaire qu'ils ont eu connaissance de la simulation au moment de la naissance de leur droit (Limoges, 14 octobre 1910. D. 1911. 2. 393). Si d'aventure un conflit s'élevait entre les tiers qui invoquent la contre-lettre et ceux qui invoquent l'acte apparent, les arrêts n'hésitent pas à donner la préférence à ces derniers ; car, le vendeur ayant créé un état d'apparence destiné à tromper les tiers, ceux-ci n'avaient aucun moyen de connaître la réalité, et les créanciers qui se sont fiés à l'apparence sont les plus dignes d'intérêt (Caen, 10 février 1876. S. 1876. 2. 321). On voit le rôle de l'élément apparence, conditionné et renforcé par l'élément confiance.

Nous avons dit, en traitant des Présomptions, que la restitution volontaire au débiteur, par le créancier, de son titre de créance, fait présumer la remise de la dette. C'est là une solution traditionnellement admise depuis le Droit romain (2, § 1, D. *De pactis*, II, 14), et qui s'explique par un état d'apparence facile à comprendre, s'analysant en une renonciation du droit de poursuite du créancier. Mais la force probante de cette présomption varie. S'agit-il d'un titre sous seing-privé ? elle est absolue, et le créancier ne peut faire la preuve contraire. En effet, du moment qu'il s'est dessaisi volontairement de son titre, c'est qu'il considérait la créance comme éteinte, puisqu'il a renoncé au seul moyen de preuve qu'il possédait. S'agit-il, au contraire, de la remise de la grosse d'un acte authentique ? la présomption est moins forte, car le créancier peut prouver que son intention n'était pas de libérer le débiteur, la minute de l'acte étant restée entre les mains du notaire. Quant à la remise d'une simple expédition de l'acte notarié, aucune présomption de libération n'en résulte pour le débiteur — sauf quand la remise émane du notaire lui-même, auquel cas elle fait présumer l'extinction de la créance de celui-ci pour déboursés et honoraires (Civ., 7 janvier 1907. D. 1907. 1. 40).

Pour que la présomption s'applique, il faut qu'il y ait eu remise volontaire du titre. Il est certain que la simple possession par le débiteur n'emporterait pas libération de celui-ci, s'il l'avait obtenue à la suite d'une perte ou d'un vol. Mais à qui incombera la charge de la Preuve ? On décide en général que la possession du titre par le débiteur est présumée régulière et, par conséquent, volontaire de la part du créancier. Comment exiger du possesseur qu'il produise un écrit établissant que le titre lui a été remis volontairement ? Autant vaudrait lui deman-

der une quittance. Ainsi, une première présomption, celle de libération, repose sur une seconde, celle de bonne foi — l'apparence sur la confiance. Mais cette dernière est, en tous cas, relative. Le créancier sera toujours admis à établir, par tous les moyens possibles, que ce n'est pas volontairement qu'il a abandonné son titre aux mains du débiteur (Req., 17 novembre 1903. D., 1904, 1. 239).

Ajoutez que la présomption de libération résultant de la remise volontaire du titre a pu provenir, soit d'un paiement, soit d'une remise gratuite de la dette (art, 1283). Dans quel cas considère-t-on qu'il y a eu l'un ou l'autre ? On répond quelquefois que, dans le doute, le paiement doit être présumé. La doctrine la plus récente estime, au contraire, que c'est l'indication du débiteur qui fera prévaloir, en principe, le sens à donner au geste du créancier. Celui-ci ne pourra combattre son interprétation, si le titre possédé par le défendeur est un acte sous seing-privé. Il pourra le contester, si le débiteur ne possède que la grosse d'un acte authentique. Il sera, par exemple, admis à soutenir à l'encontre de ce débiteur qu'il a fait remise gratuite de sa dette ; chose qu'il peut avoir intérêt à démontrer, si, étant mineur au moment de la remise du titre, il veut faire tomber sa libéralité.

La présomption joue encore un rôle en matière de courtes Prescriptions. On sait que le Code civil a établi de nombreuses prescriptions abrégées, d'une durée de deux ans, un an, six mois. Il s'agit ici de dettes ordinairement non constatées par un titre, et acquittées dans un très bref délai. Les petites prescriptions reposent donc sur une présomption de paiement. Mais, par là même, elles présentent un caractère différent de celui de la prescription de Droit commun et sont, en général, moins efficaces. On per-

met, en effet, au créancier à qui on les oppose de déférer le serment au débiteur. Si celui-ci refuse de jurer qu'il a acquitté sa dette, il avoue par là même l'existence de celle-ci et ne mérite pas la protection de la Loi (art. 2275).

Au contraire, la prescription ordinaire, reposant sur des considérations d'ordre public, protégeait le débiteur contre l'action du créancier, même s'il était prouvé qu'il n'a pas payé sa dette. Le créancier ne pourrait, d'ailleurs, invoquer à l'appui de sa prétention des présomptions de fait, ni recourir à un autre mode de preuve pour provoquer l'aveu du débiteur. Toutefois, la situation est différente lorsque cet aveu est spontané et résulte, soit d'une déclaration expresse, soit de la conduite du défendeur. Un tel aveu détruira l'effet de la présomption de paiement. Par exemple, le débiteur a commencé par nier la dette ; ou, au contraire, il a d'abord offert de l'acquitter, puis s'est ravisé ; ou encore il a allégué d'abord la compensation (Civ., 16 juillet 1906. D. 1906. 1. 366 ; Req., 31 juillet 1899. D. 1899. 1. 536 ; Civ., 31 octobre 1894. D. 1894. 1. 536) (1).

Si maintenant, des Droits *in abstracto*, nous passons aux actes qui les constatent, qui sont, pour ainsi dire, leur état civil, la première question qui se pose est celle de la foi due à l'écriture. Il y a, nous le savons, entre l'acte authentique et l'acte sous seing-privé des différences considérables, qui remontent à

(1) Jusqu'ici, nous avons supposé, pour plus de commodité, l'hypothèse d'un débiteur unique. S'il y a solidarité dans la dette, la jurisprudence écarte le principe de la relativité des jugements, en déclarant que le jugement rendu, à la requête du créancier, contre l'un des débiteurs, est opposable à tous les autres, en vertu de l'idée doctrinale de la représentation mutuelle. Cependant, il peut y avoir une exception, à charge pour les débiteurs de démontrer une collusion entre le défendeur et le créancier.

l'ancien Droit (Ordonnance civile de 1667, Edit de décembre 1684, Ordonnance de 1737).

L'acte authentique, avons-nous dit, fait foi par lui-même jusqu'à inscription de faux (art. 1319) : c'est-à-dire qu'il est présumé authentique par cela seul qu'il se présente avec les caractères extérieurs de la régularité. En effet, la notoriété de la signature de l'officier public, l'aspect caractéristique de l'acte, la gravité des peines frappant le faux, tout concourt à créer une forte apparence au profit du porteur de l'acte. Celui-ci a, jusqu'à nouvel ordre, administré sa preuve. Ce serait à son adversaire à établir celle du faux.

A l'acte sous seing-privé, au contraire, ne s'attache pas la même présomption de régularité. Cet acte puisant toute sa force de la signature du particulier à qui on l'oppose, il n'y a aucune raison pour préférer l'allégation de celui qui entend s'en prévaloir à l'affirmation de celui qui en conteste la sincérité. La partie à qui on oppose l'acte sous seing-privé peut donc le repousser, par le désaveu ou la méconnaissance d'écriture. Le demandeur, s'il entend continuer à se prévaloir de l'écrit, doit alors en établir l'exactitude par une instance judiciaire (art. 1324). Ainsi, quant à la possibilité d'invoquer l'écrit allégué, la charge de la Preuve n'incombe pas à la même personne. Si l'acte est authentique, c'est celui à qui on l'oppose, c'est-à-dire en général le défendeur au procès, qui doit faire la preuve de la fausseté, par la voie périlleuse de l'inscription de faux. Si l'acte est sous seing-privé, c'est celui qui l'invoque — en général le demandeur — qui doit en cas de résistance de son adversaire, faire preuve de sa sincérité.

La même différence se retrouve quant à la vérité matérielle des deux sortes d'actes. L'un fait foi

de son contenu jusqu'à preuve contraire, l'autre jusqu'à inscription de faux, du moins quant à la sincérité des déclarations provenant de l'officier public lui-même. Au contraire, les énonciations qui émanent des parties, ou qu'il n'avait pas mission d'émettre dans l'exercice de sa fonction, ne font foi que jusqu'à preuve du contraire (Req., 28 décembre 1904. S. 1905. 1. 422; Req. 21 févr. 1912. D. 1912. 1. 195). Il en est de même au regard de la date. Le signataire qui prétendrait contester la date de son engagement, devra fournir la preuve de la simulation. Il ne pourra le faire par témoins et présomptions que s'il produit un commencement de preuve par écrit. Mais, si la simulation présente un caractère frauduleux, il pourra la prouver par tous moyens, car la preuve des délits peut toujours s'administrer librement (Grenoble, 6 mai 1902. D. 1903. 2. 335). On voit que cette théorie est tout entière basée sur l'apparence (1).

Une autre hypothèse qui a donné lieu à controverses est celle de l'article 1132. Ce texte nous dit que la convention, constatée par un écrit dans lequel la cause n'est pas exprimée, est valable ; mais il ne

(1) La question de preuve de la date a été résolue par la pratique d'une façon assez originale, en matière hypothécaire. Lorsque l'inscription du créancier est prise le même jour que la transcription de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, la jurisprudence décide qu'il faut rechercher laquelle des deux formalités a été accomplie la première. C'est le registre des dépôts (art. 2200) qui permettra de trancher la question de priorité. Toutefois, ses indications n'ont pas la force probante qui s'attache aux énonciations contenues dans les registres des transcriptions et des inscriptions, lesquels sont des actes authentiques. Les parties intéressées pourraient donc contester les indications du registre des dépôts, à charge de prouver leur inexactitude. (Caen, 18 juin 1908 ; S., 1909, 2.300).

nous dit pas si l'écrit ainsi rédigé dispense le créancier de prouver son droit (1).

Une première opinion a soutenu que c'était au prétendu créancier à démontrer que l'obligation ainsi constatée repose sur une cause réelle et licite : prêt d'argent, versement de deniers. A première vue, ce système semble conforme aux principes. En effet, c'est au prétendu créancier d'établir l'existence de son droit, en faisant la preuve de l'acte juridique qui lui a donné naissance. Il pourra, d'ailleurs, la faire par témoins ou par présomptions, le billet étant considéré comme un commencement de preuve par écrit. Une autre opinion a proposé d'introduire une distinction entre la promesse de paie-

(1) Le Droit romain distinguait en pareil cas, suivant qu'il y avait *mutuum* ou *stipulatio*. Dans le premier cas, le lien obligatoire ne se formait qu'autant qu'il y avait eu numération de l'argent et, par conséquent, c'était au prêteur qu'incombait la charge de la preuve du versement des deniers. Dans le second, la prononciation des paroles solennelles engageait le débiteur, sans qu'aucun versement fût effectué. Mais le prêteur lui accordait une exception de dol, et le Droit civil lui permettait de poursuivre sa libération par la voie de la *condictio*, en faisant la preuve que son engagement était sans cause. La solution était la même, au cas d'existence d'un titre écrit.

C'est alors que des constitutions d'Antonin Caracalla rejetèrent la preuve sur le créancier, en décidant que le débiteur poursuivi n'aurait qu'à opposer à la demande l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, qui obligeait le créancier à prouver la remise des deniers. Situation bien dure pour le prêteur, et à laquelle Justinien apporta une restriction. On décida que, lorsque le billet souscrit par le débiteur reconnaissait expressément la réception des deniers, le créancier n'avait aucune preuve à faire. Mais, quand le débiteur reconnaissait simplement son obligation, sans en indiquer la cause, c'était au créancier à prouver la réalité de son versement. L'ancien Droit abandonna cette distinction, et l'on admit que le débiteur qui avait signé un engagement sans cause était dûment engagé, à moins qu'il ne fit la preuve du contraire.

ment et la reconnaissance de la dette. Si le débiteur reconnaît devoir, il avoue par là l'existence d'une cause, et, dès lors, le créancier sera dispensé d'en administrer la preuve. Mais, s'il promet payer, la force de cette déclaration est moins probante, car elle ne laisse pas soupçonner la réalité de la cause, et ce serait au créancier à la prouver.

La jurisprudence et la doctrine ont abandonné ces interprétations. L'opinion la plus généralement admise dispense le créancier de la preuve, et impose au débiteur, alléguant que sa prétendue dette est sans fondement, l'obligation d'établir la véracité de sa prétention (Civ., 25 février 1896. D. 1896. 1. 199 ; Bourges, 19 novembre 1900. S. 1901. 2. 39; *Contra* : Bordeaux, 23 février 1896. D. 1897. 2. 316). Il faut bien reconnaître que cette solution, admise par nos anciens auteurs, est la plus conforme à l'apparence et aussi à l'expérience pratique. L'utilité d'un écrit non causé serait nulle, s'il ne prouvait rien. D'autre part, le créancier qui se fait souscrire un billet de ce genre a précisément pour but d'éviter toute contestation sur la source de la dette, et veut se dispenser par là de fournir une preuve. Le débiteur n'est d'ailleurs pas sans recours, puisqu'on lui permet de faire la preuve de l'inanité de son obligation ; mais il faut reconnaître que toutes les vraisemblances sont contre lui.

SECTION QUATRIEME

LA RESPONSABILITÉ

C'est en matière de Responsabilité que nous pouvons saisir sur le vif le déplacement, fréquent aujourd'hui, et peut-être général demain, du fardeau de la Preuve. Ainsi se vérifie le mot d'Ihering :

« L'histoire de l'idée de faute se résume en une abolition constante. »

On sait que le Code civil a conservé comme base fondamentale de la responsabilité délictuelle la notion de Faute, d'acte coupable ou illicite. En conséquence, quiconque se plaint d'avoir été lésé par le fait d'autrui doit nécessairement prouver, pour avoir droit à réparation, que ce fait a constitué une faute de la part de son auteur. Mais celui-ci doit échapper à la responsabilité encourue, s'il démontre que ce dommage ne lui est pas imputable : par exemple, qu'il a usé d'un droit, ou que la véritable cause du préjudice est un cas fortuit, une force majeure, ou encore la faute de la victime elle-même (1).

(1) Il faut distinguer, ici, entre la faute contractuelle et la faute délictuelle. En laissant de côté toutes les controverses purement verbales issues du Droit romain, la conséquence la plus importante de cette distinction est précisément celle qui touche à la charge de la Preuve. Lorsqu'un débiteur n'exécute pas l'obligation dont il est tenu, il est, dit l'article 1147, passible de dommages-intérêts, à moins que l'inexécution ne lui soit pas imputable. Le créancier n'a qu'à établir ce défaut d'exécution. C'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver le fait qu'il invoque. Au contraire, le demandeur qui fonde son action sur un soi-disant délit de son adversaire, doit prouver, non seulement qu'il a encouru un dommage, mais que ce dommage provient de la faute du défendeur. Il faut donc qu'il établisse un lien de cause à effet entre cette faute et le préjudice encouru.

En d'autres termes, en matière délictuelle, toutes les fois que la cause du dommage ne peut être précisée, la victime du délit supporte seule le préjudice dont elle se plaint, faute de pouvoir prouver qu'un tiers en est responsable. A l'inverse, l'incertitude sur la cause de l'inexécution du contrat ne nuit pas au créancier, mais au débiteur, auteur prétendu de la faute alléguée. Encore n'obtiendrait-il pas réparation entière, si son adversaire établissait qu'il est lui-même responsable pour partie : ce qui est fréquent en matière d'accidents de la circulation.

On voit quel intérêt pratique conduit à déterminer le vérita-

Cette double règle souffre cependant une exception remarquable, quand il s'agit d'un dommage occasionné, non par la faute personnelle d'un individu, mais par le fait de personnes qui sont sous sa garde, ou qu'il emploie à des titres divers, ou encore par le fait d'animaux, de choses matérielles — bâtiments ou appareils — lui appartenant. Logiquement, pour établir la responsabilité du gardien, du commettant ou du propriétaire, il faudrait démontrer qu'il a commis une faute personnelle. Mais une telle preuve serait difficile à fournir, et on ne saurait imposer à la victime l'obligation de l'administrer. C'est pourquoi les rédacteurs du Code ont établi dans ces divers cas des présomptions de faute qui la dispensent de la preuve. La faute présumée aura consisté, soit dans un défaut de surveillance ou d'entretien, soit dans le choix défectueux du préposé chargé de l'exécution du travail. Cette présomption est d'ail-

ble fondement d'une responsabilité. Nous rencontrerons ce problème à propos des entreprises de transport et de la responsabilité des locataires en cas d'incendie. Mais c'est surtout en matière d'accidents du travail, avant la loi de 1898, que la question fut vivement discutée. La jurisprudence appliquant ici purement et simplement l'article 1382, les victimes d'accidents industriels restaient à peu près sans recours, puisqu'il leur était, le plus souvent, impossible de démontrer à qui incombait le sinistre. Aussi, une doctrine ingénieuse, présentée par MM. Sauzet et Sainctelette, s'efforça d'établir que la responsabilité du patron avait une base contractuelle, le contrat de travail obligeant l'employeur, non seulement à payer le salaire convenu, mais à prendre toutes précautions nécessaires pour garantir l'ouvrier contre les dangers inhérents à l'industrie. Le patron, tenu d'une « dette de sécurité », devait être, comme tout débiteur qui n'exécute pas son obligation, déclaré responsable, à moins de démontrer que l'accident provenait d'une cause étrangère. Cette doctrine, si elle n'a jamais été consacrée formellement par la jurisprudence, a, du moins, contribué à en élargir les décisions, en attendant la loi de 1898.

leurs plus ou moins rigoureuse. Ordinairement, il est permis à l'intéressé de la faire tomber en prouvant qu'il n'a commis aucune négligence. C'est le cas des père et mère, des instituteurs et des artisans. D'autres fois, la Loi enlève au responsable la faculté de faire la preuve contraire : c'est le cas des maîtres et commettants (art. 1384). Cet emploi de la présomption, en élargissant le domaine de la responsabilité, vient heureusement corriger ce qu'aurait de trop étroit la condition d'une faute à démontrer.

Les articles 1384, 1385 et 1386 ont donné lieu, dans la pratique, à des applications très intéressantes.

La responsabilité des parents cesse avec la majorité ou l'émancipation. Le fait que l'enfant continuerait à habiter avec eux ne suffirait pas à la prolonger. Il en serait ainsi, même si l'enfant était aliéné, car l'article 1384 n'établit pas une présomption de faute à l'encontre du gardien d'un dément. Les parents ne seraient donc tenus, en pareil cas, que si l'on prouvait qu'ils ont commis une faute de surveillance (Req., 14 mai 1866. D. 1867. 1. 296). Par contre, lorsque l'enfant habite loin de ses parents, les tribunaux n'hésitent pas à condamner ceux-ci à la réparation des délits commis, à charge pour la victime d'établir une relation de cause à effet entre l'acte incriminé et la mauvaise éducation donnée par les parents (Dijon, 19 février 1875. D. 1876. 2. 70).

Quant à la responsabilité des instituteurs, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un dommage causé à l'enfant ou par l'enfant. Au premier, l'article 1384 ne s'applique pas. S'il survient un accident occasionné par un matériel défectueux, ou même par l'imprudence du maître, celui-ci sera responsable dans les termes du Droit commun, c'est-à-dire qu'on devra faire la preuve de sa faute (Req., 24 février

1909. D. 1911. 1. 241). Quant au second cas, la principale application se rencontre à propos des accidents causés aux enfants par leurs camarades. Ici, l'instituteur est responsable de plein droit, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait, c'est-à-dire qu'il n'a commis aucune négligence dans le devoir de surveillance qui lui incombe (Paris, 31 mai 1892. D. 1893. 2. 490).

On sait comment, à la suite d'un jugement rigoureux du tribunal de la Seine, du 23 janvier 1892, la loi du 20 juillet 1899 substitua la responsabilité civile de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public. Mais cette protection est loin d'être complète, car la présomption de faute est seulement déplacée. Si le dommage causé par l'enfant peut être attribué à un défaut de surveillance du maître, c'est lui qui demeure responsable aux termes du Droit commun. L'instituteur peut donc être actionné en responsabilité par les parents, à charge pour eux de prouver la faute qu'ils lui reprochent — et, d'autre part, l'Etat conserve son recours contre lui (Req., 19 mai 1909. D. 1910. 1. 27). Enfin, la réforme ne s'applique que pendant les heures où la loi scolaire place les enfants sous la surveillance du maître (Bordeaux, 13 novembre 1911. S. 1912. 2. 199).

Quant à la responsabilité des maîtres et des commettants, elle est engagée d'une manière irréfragable par le fait de leurs domestiques et préposés, « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». On a vu que les rédacteurs du Code ont donné deux raisons de cette disposition rigoureuse : faute supposée commise dans le choix du préposé, défaut de surveillance présumé. Mais pourquoi interdire aux responsables de prouver qu'ils n'ont pu empêcher le dommage ? Le projet primitif les autorisait à

faire cette preuve. C'est à la suite des observations du Tribunal que la règle actuelle fut adoptée. « Il est juste, disait-on, que le maître supporte les conséquences dommageables du service dont il profite. »

De cette dernière observation, on a tenté de conclure que l'idée de Faute ne joue plus ici qu'un rôle apparent, et qu'il faut chercher dans l'idée de Risque la base d'une telle responsabilité. Telle ne fut pas la pensée des rédacteurs du Code civil, qui se sont inspirés de la coutume rigoureuse du Châtelet de Paris. Quoi qu'il en soit, les Codes allemand (art. 831) et suisse (art. 55) sont moins sévères que le nôtre, puisqu'ils admettent l'employeur à prouver qu'il a « apporté tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage, ou que sa diligence n'eût pas empêché le fait de se produire ».

Relativement au dommage causé par un animal (art. 1385), il résulte du silence de la Loi que la présomption de faute du responsable, quel qu'il soit, est susceptible de la preuve contraire. Reste à savoir ce que le défendeur devra démontrer pour être exonéré. Prouvera-t-il qu'il n'a commis aucune faute, qu'il a surveillé l'animal avec toute la diligence requise ? Devra-t-il établir la faute de la victime ou d'un tiers, ou encore le cas fortuit qui aurait été la cause de l'accident ? Cette seconde preuve, plus précise, partant plus difficile à administrer, rendrait plus rigoureuse la responsabilité du maître, en lui faisant supporter tous les cas douteux. C'est pourtant en faveur de cette dernière solution que s'est prononcée la Cour de cassation (Civ., 28 novembre 1904. D. 1905. 1. 253).

Dans le cas où la victime de l'accident est le préposé du maître, peut-il invoquer la présomption de faute chez celui-ci ? Les arrêts ont décidé l'affirma-

tive, le préposé étant plus que personne exposé aux accidents (Civ., 2 mai 1911. D. 1911. 1. 367), sauf lorsqu'il assume, en même temps que l'usage, la responsabilité exclusive de l'animal (Req., 30 décembre 1907. D. 1909. 1. 284). Quant aux animaux sauvages, qui sont *res nullius*, le propriétaire du terrain où ils vivent ne pourrait être responsable de leurs dommages, que si l'on prouvait qu'il a commis une faute, par exemple en les attirant.

La responsabilité du fait des bâtiments est édictée par l'article 1386, dans deux cas : défaut d'entretien, à quoi la jurisprudence assimile la vétusté, et vice de construction. Il faut donc que le plaignant fasse la preuve de l'une de ces causes. Mais il n'a pas à démontrer que le défaut d'entretien ou le vice de construction est imputable au propriétaire. Bien plus, celui-ci ne pourrait se défendre en démontrant qu'il n'y a pas eu faute de sa part : qu'il s'était adressé à un homme de l'art offrant toutes les garanties nécessaires, ou qu'il lui a été impossible de découvrir le vice de construction (Req., 26 juillet 1909. D. 1909. 1. 533). Il pourra seulement se retourner contre l'auteur responsable du sinistre, s'il arrive à démontrer sa culpabilité (Toulouse, 25 mai 1892. D. 1893. 2. 14).

Mais, pas plus que l'article 1385, l'article 1386 ne consacre une hypothèse de responsabilité objective. Une telle opinion est inconciliable avec l'obligation imposée à la victime de faire une première démonstration, celle du défaut d'entretien ou de surveillance — preuve indispensable à la naissance de la présomption de faute. Dès lors, la responsabilité sera écartée du moment que la ruine s'est produite dans des conditions où la présomption est inadmissible : chute d'une maison en construction ou d'un monument historique.

La question se pose avec plus d'ampleur, au sujet des dommages — fréquents dans la pratique — causés par une chose inanimée autre que celles visées par la Loi. Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont déclaré qu'il y avait lieu d'appliquer purement et simplement les principes du Droit commun. Le propriétaire n'était donc passible de dommages-intérêts, que si l'on pouvait faire la démonstration d'une faute par lui commise (Civ., 19 juillet 1870. D. 1870. 1. 361). En effet, disait-on, si l'on comprend l'établissement d'une présomption de faute pour les animaux, qui exigent une surveillance constante, et pour les bâtiments, dont la ruine est particulièrement dangereuse, l'objet inanimé n'est pas, par lui-même, susceptible de causer un dommage. Il faut supposer, pour que le fait se produise, une faute de la victime, un défaut d'entretien du propriétaire, ou un cas fortuit : en un mot, un événement contraire à l'apparence.

C'est alors que se produisit le mouvement doctrinal, si largement exploité, en faveur d'une responsabilité purement objective. Son fondement consiste, en somme, à éliminer des conditions de la responsabilité celle qui en est aujourd'hui la plus essentielle : l'imputabilité du fait dommageable à une faute de son auteur. D'après lui, l'individu répondrait toujours des suites préjudiciables des actes qu'il accomplit, en vertu de la notion de Risque. La seule chose qu'aurait à démontrer la victime du fait d'autrui pour obtenir réparation, ce serait le préjudice encouru et le lien de cause à effet entre ce préjudice et le fait en question. Ce système, une des plus puissantes constructions juridiques du siècle dernier, est évidemment contraire à l'inspiration du Code de 1804 ; mais on ne saurait nier l'influence qu'il a

exercée sur la législation, sur l'interprétation des textes, et partant sur la jurisprudence (1).

Dans le domaine législatif, c'est l'idée d'une responsabilité objective fondée sur le risque de l'entreprise, qui a inspiré la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Le développement continu de la grande industrie, l'invasion du machinisme entraînant « l'anonymat de l'accident », avaient depuis longtemps mis en lumière l'insuffisance des bases traditionnelles de la responsabilité, même élargies par l'emploi des présomptions de faute. L'ouvrier victime d'un accident ne pouvait obtenir réparation qu'à la condition de prouver que l'accident était la conséquence d'une faute commise par le patron ou ses préposés. On voit la difficulté d'une pareille preuve, étant donné la fréquence des cas fortuits et l'inévitable accoutumance professionnelle. La loi de 1898 a rendu le chef d'entreprise responsable de tous les sinistres survenus par le fait ou à l'occasion du travail, sans qu'il y ait à en rechercher la cause. L'idée de responsabilité se trouve donc désormais, dans les rapports du patron et du salarié, détachée de l'idée de faute. Il n'y a plus que deux portes ouvertes à la preuve, dans des sens opposés. Le patron est autorisé à démontrer que l'accident est dû à une faute inexcusable ou intentionnelle de l'ouvrier, auquel cas l'indemnité sera réduite ou supprimée ; à

(1) Un premier exemple nous est fourni par la loi du 21 avril 1810, sur les mines. On sait que, dans son exploitation souterraine, le concessionnaire peut, par ses travaux, occasionner des dommages au propriétaire du dessus. De ces dégâts, il doit réparation, à titre de dommages-intérêts. Il semblerait que l'article 1382 dût s'appliquer ici. Or, il est de jurisprudence qu'aucune faute de la part du concessionnaire n'a besoin d'être démontrée. Il suffit que la partie lésée ait subi un préjudice, pour avoir droit à réparation. (Nancy, 7 décembre 1895 ; D., 1899, 2.337).

l'inverse, l'ouvrier peut prouver une faute semblable du patron; ce qui entraînera la majoration du forfait qui lui est alloué.

Au point de vue des textes, le système de la responsabilité objective prétendit se découvrir des lettres de noblesse dans certains passages du Code civil, en tant que ces textes font déjà une place à l'idée de responsabilité légale, indépendante d'une faute démontrée. Des présomptions de faute établies par les articles 1384 et suivants, de l'article 1382 lui-même, qui parle du « fait de l'homme » et non de la faute, on voulut tirer cette solution, que le Code consacrait le principe du risque de propriété, risque dont le propriétaire ne pourrait même pas être exonéré par la démonstration d'un cas fortuit. (Ainsi, une Compagnie de chemin de fer sera responsable des incendies occasionnés par les étincelles échappées des locomotives.) Seule, la force majeure ferait disparaître la responsabilité. On comprend mal une pareille interprétation, si l'on considère que la Loi permet au débiteur de s'exonérer en démontrant l'absence de faute de sa part. Or, c'est ce qu'elle fait le plus souvent (art. 1384, 1386). Il serait singulier que la victime de la chute d'un bâtiment eût à faire la preuve du défaut d'entretien ou du vice de construction, alors que la victime d'une explosion de machine n'aurait aucune preuve à faire.

On put croire, cependant, que la jurisprudence allait suivre les novateurs dans cette voie. Un arrêt de la Chambre civile, du 16 juin 1896 (D. 1897. 1. 433) établit la responsabilité du propriétaire d'une machine, bien que l'explosion fût due à un vice de construction auquel il était étranger. Mais, malgré quelques arrêts épisodiques, la Cour de cassation a condamné le système (Civ., 31 juillet 1905. D. 1905. 1. 532).

Ce n'est pas à dire qu'elle n'ait pas subi son influence. En effet, elle admettait autrefois que la victime d'un accident causé par un objet inanimé devait prouver la faute commise par le propriétaire. Aujourd'hui, elle considère que l'article 1384 crée une présomption de faute à l'égard de ce dernier, et elle fait peser sur lui la charge de la Preuve. Comment le propriétaire pourra-t-il écarter cette présomption ? Suffira-t-il qu'il prouve avoir pris toutes les précautions nécessaires pour empêcher le dommage, comme sont autorisés à le faire les père et mère ? Il devra, répondent les arrêts, comme le propriétaire d'animaux, prouver que le dommage provient soit du cas fortuit ou de la force majeure, soit de toute autre cause étrangère — faute de la victime ou d'un tiers. En un mot, il faudra qu'il précise la cause du dommage subi par son adversaire (Req., 19 janvier 1914. *Gaz. Pal.* 7 février 1914. — *Contra* : Req., 29 avril 1913. D. 1913. 1.427). D'ailleurs, lorsque l'accident est causé par une chose actionnée par la main de l'homme, dont elle n'était pour ainsi dire que le prolongement, certaines Cours d'appel écartent la présomption et décident que le conducteur est responsable uniquement aux termes de l'article 1382, c'est-à-dire à charge de prouver qu'il a commis une faute.

La très intéressante théorie de l'abus du Droit donne ouverture, sur le terrain de la Preuve, à de multiples discussions. Une des principales différences entre l'acte accompli sans droit et l'acte simplement abusif se traduit précisément par une difficulté plus ou moins grande de la démonstration à fournir. Le premier engage la responsabilité de son auteur, parce qu'il est objectivement injuste — par suite, sans que la victime ait à prouver qu'elle a subi un préjudice (Paris, 17 juillet 1903. D. 1903. 2. 169).

Le second, qui repose sur une intention malicieuse, un but malveillant assigné à l'exercice d'un droit, ne peut être incriminé que s'il y a préjudice causé ; et la victime appuie sa demande sur l'article 1382, c'est-à-dire sur une faute commise.

Cette condition de l'intention n'est pourtant pas rigoureusement indispensable. Il suffit qu'un propriétaire, par exemple, fasse de son droit un exercice qui ne lui est aucunement profitable, qu'il agisse sans « intérêt sérieux et légitime », pour engager sa responsabilité — alors même que l'intention de nuire ne serait pas démontrée. La Cour de cassation a fait application de ces idées dans le cas de travaux de forage exécutés sans utilité apparente, et portant préjudice au voisin (10 juin 1902. D. 1902. 1. 454).

Il en est de même en cas de contrefaçon. Cette dernière est, par elle-même, génératrice d'obligation, c'est-à-dire qu'on n'exige pas l'intention frauduleuse du contrefacteur. Il n'est même pas nécessaire que le titulaire du brevet ait éprouvé un préjudice autre que le préjudice moral. En dehors de ce cas, il y a un certain flottement dans la jurisprudence. Tel arrêt exige la preuve de l'intention, tel autre se contente de celle du préjudice. Cependant, pour la Cour de cassation, il ne saurait y avoir de concurrence déloyale sans fraude démontrée.

En ce qui concerne l'exécution du contrat, la Cour suprême a consacré la responsabilité d'une Compagnie de chemin de fer, tenue de fournir à un particulier concessionnaire d'un embranchement une certaine quantité de wagons, s'il était établi que, dûment avertie, elle eût abusé des latitudes qui lui sont accordées pour la fourniture des wagons, et causé ainsi un préjudice au concessionnaire (Cass., 7 mai 1902. D. 1904. 1. 276). En matière de résiliation, on sait que le mandataire, par exemple, peut se retirer

du contrat ; mais il sera responsable envers le mandant du préjudice que sa retraite peut lui causer — à moins qu'il ne prouve qu'en continuant le mandat, il aurait lui-même subi un préjudice considérable (article 2007).

La question a été particulièrement agitée en cas de résiliation du contrat de travail. La jurisprudence exigeait, pour qu'il y eût matière à dommages-intérêts, la preuve d'une faute précise de la partie congédiant. Aussi, au lendemain de la promulgation de la loi du 27 décembre 1890, se posa la question du fardeau de la Preuve. On a soutenu que c'était à l'employeur de prouver qu'il n'avait pas abusé de son droit, preuve assurément délicate et solution très favorable à l'ouvrier. Cette opinion s'étayait sur les travaux préparatoires de la loi, d'ailleurs extrêmement touffus. Cependant, un incident se produisit en faveur de la solution inverse et du Droit commun de la Preuve. D'après le premier projet, il fallait distinguer entre les employés et ouvriers et le personnel des chemins de fer. Les premiers ne pouvaient obtenir de dommages-intérêts, qu'à la charge de prouver que le congé avait été donné de mauvaise foi. Les seconds se voyaient appliquer un régime de faveur, où la charge de la Preuve était inversée. Le Sénat supprima purement et simplement la disposition faisant aux agents des chemins de fer une situation privilégiée.

On a prétendu, en faveur de la première théorie, que la responsabilité de la partie congédiant a une origine non pas délictuelle, mais contractuelle. Or, tandis que le fardeau de la Preuve incombe, en matière délictuelle, au demandeur, créancier de l'indemnité — en matière contractuelle, c'est au débiteur, au défendeur à l'instance, qu'il appartient de prouver que l'inexécution de la convention ne lui

est pas imputable. Mais est-on bien sûr qu'il s'agisse d'une responsabilité de ce genre ? Celui qui rompt un contrat de louage sans motifs légitimes ne commet-il pas un délit ? En admettant même l'idée de responsabilité contractuelle, c'est sans doute au débiteur qu'incombe la charge de la Preuve ; mais encore faut-il qu'il y ait eu inexécution. Lorsqu'un patron congédie un ouvrier, on ne peut pas dire à priori qu'il viole le contrat. Le contraire serait plutôt vraisemblable (art. 1780). L'ouvrier devra donc prouver qu'en le congédiant le patron a violé le contrat, suivant les principes généraux de la Preuve. Cette opinion a été admise par la Cour de cassation dans une série d'arrêts (28 janvier 1908. D. 1908. 1. 195 ; 17 juin 1913. S. 1913. 1. 352). Elle se réserve d'ailleurs le droit de vérifier si, des circonstances relevées par les juges du fond, résulte soit l'existence, soit l'inexistence de la faute.

Le problème s'est encore posé au regard des contrats de travail passés pour une période déterminée. On a soulevé des doutes sur la régularité de cette pratique. S'il est établi que le patron n'a eu recours aux engagements à durée fixe que pour tourner la Loi, ne sera-t-il pas tenu à indemnité ? La preuve, dit M. Josserand, n'est pas facile à fournir ; et, à supposer même l'intention nettement établie, on ne verrait pas à quoi rattacher une condamnation. Le patron n'est pas sorti des limites de son droit, il ne l'a pas détourné de sa destination légale. L'ouvrier n'aurait qu'une ressource : faire tomber le contrat comme lésion, chose assurément difficile, même sous l'empire du Code allemand.

En cas de rupture de fiançailles, l'abus du droit se dégagera des motifs qui ont inspiré la décision. La résiliation abusive devra être prouvée par le fiancé délaissé, demandeur à l'instance. L'appréciation des

motifs légitimes est une question de fait, laissée à la discrétion des juges. D'une façon générale, le législateur leur a confié cette mission délicate, lorsqu'il a accordé à la fraude ou au dol une importance décisive. Sans doute, ces recherches d'intention sont difficiles ; mais il ne suffira pas toujours de prouver un intérêt individuel pour échapper à la responsabilité. Cette allégation suffira, s'il s'agit d'un droit à fondement égoïste (propriété) ; mais il y a des droits qui ont, au contraire, un fondement altruiste (puissance paternelle ou maritale). En outre, il n'est pas exact que la recherche du mobile soit toujours infructueuse, même pour le droit de propriété. On pourra prouver que le propriétaire n'avait pas intérêt à agir comme il l'a fait, et la preuve négative sera admise (Cass., 10 juin 1902. D. 1902. 1. 454). Conformément au Droit commun, la Preuve incombe au demandeur. C'est à lui d'établir qu'il y a eu préjudice subi par lui.

A l'inverse, il est un cas où la Loi présume l'abus du droit : c'est le cas de cession de droit litigieux (art. 1701). Lorsqu'un droit de ce genre est cédé, le débiteur peut exercer le retrait, en considération de la personnalité du cessionnaire. On présume que ce dernier est un spéculateur, qui a acheté à vil prix la créance, avec l'arrière-pensée de traquer sans merci le débiteur. Aussi, la Loi permet-elle au cédé de se libérer, en remboursant au cessionnaire le montant du prix de la cession. Cependant, il se peut que le cessionnaire échappe au retrait, mais à condition de prouver qu'il avait un motif légitime d'acquiescer la créance. Ces motifs sont fixés par la Loi dans l'article 1701 (Cession faite à un copropriétaire, à un cohéritier, à un créancier, au possesseur de l'héritage objet de droit litigieux). Sous le bénéfice de cette réserve, la Preuve incombe au demandeur.

Cette preuve sera souvent difficile à fournir ; mais il lui suffira, dans la plupart des cas, de prouver le défaut d'intérêt chez son adversaire : démonstration facile et décisive. C'est le cas de l'article 1007, sur la résiliation du mandat. D'ailleurs, au cours du procès, le demandeur n'a pas toujours tout à prouver. Il y aura échange d'arguments de part et d'autre. Le cas est fréquent en matière de résiliation du contrat de louage de services (1).

Le problème, non moins fécond en applications diverses, de l'enrichissement injuste, nous fournit matière à d'autres développements. Le premier cas est l'hypothèse — un peu théorique — de la Répétition de l'indû. On sait qu'elle peut être demandée toutes les fois que le paiement est sans cause, soit que la dette n'existât pas, soit qu'elle fût entachée de nullité. C'est à celui qui intente l'action à faire preuve de l'absence de cause. Mais faut-il que le demandeur prouve en outre qu'il a payé par erreur ? Cette question a été vivement discutée. La plupart des auteurs, s'appuyant sur la tradition romaine, enseignent que la condition d'erreur est nécessaire. D'autres, s'attachant à la lettre des textes, restreignent cette condition au cas visé par l'art. 1377. Mais, dans la majorité des hypothèses jurisprudentielles, le *solvens* ne peut répéter l'indû qu'en prouvant qu'il n'a pas payé en connaissance de cause et volontairement : ceci, en vertu du principe que toute obligation ou prestation doit être présumée, jusqu'à preuve du contraire, reposer sur une cause valable (art. 1132). Par exemple, le *solvens* aura voulu faire une libéralité au débiteur véritable ; ou, étant

(1) Pour tout ce qui concerne cette question si délicate de l'abus du Droit, nous nous sommes largement référé à l'ouvrage de M. Jossierand. Nous lui en exprimons ici nos remerciements.

tenu envers lui, il s'est acquitté en désintéressant son créancier ; ou enfin, il a entendu gérer l'affaire du débiteur.

C'est donc au demandeur qu'il incombe de démontrer, pour écarter cette présomption, que son paiement a été fait par erreur, ou sous l'empire d'une contrainte. Ainsi, il n'a fait qu'exécuter une obligation naturelle : il ne pourra répéter, que s'il prouve avoir payé involontairement (art. 1235). La jurisprudence contient toute une série de solutions de ce genre, dans les cas où la cause déterminante du paiement a été une erreur, soit sur l'existence de la dette (Civ., 3 février 1904. D. 1904. 1. 215), soit sur la personne du créancier (Civ., 6 janvier 1913. D. 1913. 1. 511). La preuve de la contrainte aura le même résultat. Par exemple, le débiteur a payé de nouveau pour éviter les poursuites de son créancier, et il a retrouvé après coup la première quittance égarée (Civ., 2 avril 1890. D. 1891. 1. 182). Ou encore, l'acquéreur d'un immeuble a acquitté, sous menace d'une contrainte, la contribution foncière due par l'ancien propriétaire. (C. d'Etat, 28 janvier 1887. D. 1888. 5. 141).

Il y a d'autres hypothèses où le *solvens* n'aura pas besoin de faire cette preuve, et pourra répéter même s'il a payé sciemment. Il en sera ainsi lorsqu'un obstacle légal s'opposait à la validité du paiement fait par lui. L'exemple le plus significatif est le cas où l'obligation avait un objet illicite ou immoral (sauf application de l'adage : *Nemo auditur...*) Mais la jurisprudence ne refuse l'action au demandeur en répétition, que si le contrat présente un caractère immoral ou illicite imputable à lui-même.

Un autre cas dont les arrêts ont fait une large application est celui de l'Action de *in rem verso*. Ils subordonnent l'exercice de cette action à une triple

démonstration : cela est logique, car on présume naturellement que celui qui n'a pas commis de faute doit à sa propre activité, à sa propre industrie, l'enrichissement dont a bénéficié son patrimoine. Le demandeur doit donc prouver : d'abord, qu'il y a eu enrichissement du défendeur ; ensuite, que cet enrichissement est la conséquence directe d'un appauvrissement subi par lui ; enfin, qu'il s'est réalisé sans qu'il y ait une juste cause de conservation par le défendeur.

« Il faut, dit la Cour de cassation, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit. » Ainsi, un généalogiste est autorisé à prouver qu'un individu a, grâce aux indications qu'il lui a spontanément fournies, recueilli une succession (Poitiers, 2 décembre 1907. D. 1908. 2. 332) ; un marchand d'engrais, que le propriétaire foncier (qui s'est substitué au fermier acheteur) a vu sa récolte rendue plus abondante du fait de la fourniture d'engrais (Req., 15 juin 1892. D. 1892. 1. 596).

Mais l'enrichi peut repousser la demande en restitution, lorsqu'il invoque une juste cause de conservation de l'enrichissement : par exemple, un acte juridique passé entre les parties en cause. Tel est le cas du locataire qui a fait des adjonctions ou embellissements aux lieux loués, de l'assuré dont les bâtiments endommagés ou détruits ont été reconstruits par les soins de la Compagnie — laquelle ne peut lui réclamer la différence de valeur du neuf au vieux (Req., 31 juillet 1903. D. 1904. 1. 181). La jurisprudence semble même portée à repousser la demande en restitution du *solvens*, dès que l'enrichi peut invoquer une juste cause à l'égard de l'intermédiaire de qui lui provient l'enrichissement — fût-ce un sim-

ple don manuel (Trib. Seine, 22 février 1913. *Gaz. Pal.*, 29 mai 1913).

SECTION CINQUIEME

DE QUELQUES CONTRATS USUELS

En matière de Louage, nous trouvons un intérêt, au point de vue de la Preuve, à distinguer le louage de choses du louage d'ouvrage. Ainsi, un loueur mettant à la disposition d'un particulier une voiture automobile avec un chauffeur, conclut-il un louage d'ouvrage (contrat de transport) ou un louage de chose ? Un accident survient à la voiture : s'il y a eu louage de chose, le passager, n'étant libéré que par la restitution de la chose louée, est responsable, à moins de prouver que l'accident est survenu sans sa faute (art. 1732). S'il y a eu contrat de transport, ce sera à l'entrepreneur à démontrer qu'il y a eu faute de la part du passager : par exemple, qu'il a exigé une vitesse trop grande. La jurisprudence adopte ce second système, le maniement de la machine étant confié au préposé du loueur (Bruxelles, 16 mars 1906. D. 1906. 2. 335).

Quant à la preuve du contrat lui-même, la Loi édicte qu'à défaut de quittance, le propriétaire demandeur sera cru sur son serment. Faut-il voir là une nouvelle manifestation de cet esprit de classe, si souvent reproché au Code civil à propos de l'article 1781 qui, en cas de contestation sur le salaire, attachait une présomption de vérité aux affirmations de l'employeur ? Non pas : la raison véritable, c'est que, le bail étant par hypothèse commencé, il y a eu sans doute des termes payés. Si le locataire ne produit par les quittances qu'il doit avoir en mains,

et qui feraient foi du prix de la location, une telle attitude ne fait-elle pas présumer sa mauvaise foi ? Donc, ici encore, consécration du système de l'apparence. Elle se retrouve dans le principe de la tacite reconduction, qui n'est qu'une interprétation de la volonté probable des parties, et qui cède naturellement devant l'expression d'une volonté contraire de l'une d'elles ou de toutes les deux.

La présomption se retrouve dans l'obligation imposée au preneur d'accomplir les réparations locatives ou de menu entretien (art. 1754), alors que l'obligation d'entretenir la chose pèse, non sur lui, mais sur le bailleur. La Loi présume que les dégradations qui nécessitent des travaux de réfection, ont été causées par le fait du preneur. La preuve, c'est que, d'après l'article 1754, les carreaux des chambres doivent être remplacés par le locataire, seulement s'ils ont été brisés en partie. S'ils le sont tous, la réparation incombe au propriétaire. Pourquoi cette distinction, sinon parce que, dans ce dernier cas, on ne peut présumer qu'il y a faute du locataire ? Ce ne peut être qu'un événement extérieur, fortuit, qui a causé la dégradation. Il en est de même, s'il y a plusieurs occupants, pour les réparations des locaux soumis à une jouissance commune. Pour que le propriétaire fût en droit de réclamer à un locataire la totalité de la réparation, il lui faudrait prouver que la dégradation est due au fait de l'un des occupants. La règle de l'article 1754 doit encore être écartée, lorsque le locataire est à même de démontrer que cette dégradation est due à la vétusté, à la force majeure, ou à un vice de la chose : par exemple, à un défaut de construction (Lille, 13 janvier 1903. D. 1903. 2. 120).

L'obligation de restituer la chose implique celle de veiller à sa conservation. Une application im-

portante de ce principe se rencontre en cas d'incendie de la chose. Cette hypothèse est envisagée par les fameux articles 1733 et 1734, ce dernier modifié par la loi du 5 janvier 1883.

En Droit commun, la destruction de la chose peut engendrer deux sortes de responsabilité. D'une part, le preneur, tenu de conserver et de restituer la chose louée, en doit la valeur s'il ne peut la rendre et s'il ne prouve pas que l'incendie provient d'une cause qui lui est étrangère. Il n'est tenu, en revanche, que pour l'étendue de son occupation (obligation contractuelle de l'article 1302). D'autre part, le bailleur possède une action délictuelle (art. 1382) qui lui permet, s'il peut prouver qu'une faute a été commise par son locataire, de lui réclamer toute l'étendue du préjudice encouru, fût-elle supérieure à la valeur des lieux loués. Ces idées si simples ont été compliquées par l'intervention d'une présomption de faute des occupants (*Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*) que nos anciens auteurs ont malencontreusement transmise du Droit romain aux rédacteurs du Code civil.

A la première hypothèse, qui est celle d'un seul locataire, s'applique l'article 1733. Le preneur répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve le cas fortuit, la force majeure ou le vice de construction, ou encore la communication du feu par une maison voisine. Ce n'est pas là une simple application du principe général de la responsabilité contractuelle. Dans ce cas, le preneur serait indemne, du moment qu'il produirait la preuve d'un fait quelconque à sa décharge. Mais la jurisprudence décide que l'énumération des causes d'exonération contenues dans l'article 1733 est limitative, puisqu'il s'agit d'une exception apportée à une présomption légale. Peu importerait que le locataire démontrât qu'il n'habitait pas

l'immeuble au moment de l'incendie (Bordeaux, 5 juin 1905. D. 1906. 5. 35) ; ou que le sinistre est survenu la nuit, quand l'immeuble était sous la seule surveillance d'un préposé du bailleur (Civ., 26 mai 1884. D. 1885. 1. 209). Seule, la démonstration d'une des causes légales pourrait l'exonérer, et encore à condition que cette cause n'eût pas joué par son fait : par exemple, il ne serait pas libéré par la preuve d'un vice de construction, s'il avait connu ce vice sans le signaler au propriétaire.

Comment le preneur fera-t-il la démonstration qui lui est imposée ? D'après le Droit commun, il pourrait prouver par tous les moyens possibles, même par simples présomptions — notamment en démontrant qu'il a pris toutes les précautions d'un occupant soigneux et diligent. C'est ce que décide, en faveur du colon partiaire, la loi du 18 juillet 1889 : il échappe à toute responsabilité, s'il démontre qu'il a veillé à la conservation de la chose « en bon père de famille ». Mais, pour les autres baux, la jurisprudence, répudiant cette solution bienveillante, décide que le preneur doit établir, « par une preuve directe et positive, le fait précis » constituant l'une des causes d'exonération (Req., 25 octobre 1911. D. 1912. 1. 225). En outre, elle étend la responsabilité du preneur — contre lequel on suppose que nulle fraude n'a été démontrée — au delà de la valeur de l'immeuble, en lui imposant une indemnité pour la résiliation du bail et pour les loyers perdus : solutions édictées par l'article 1760, pour le cas de résiliation du bail par la faute du locataire. En cas d'incendie, celui-ci est donc présumé en faute (Req., 24 novembre 1879. D. 1880. 1. 385). Ces dispositions rigoureuses ne s'appliquent, d'ailleurs, qu'aux rapports entre bailleur et preneur, y compris le cas de location mobilière.

La seconde hypothèse est celle de la pluralité de preneurs. Avant la loi de 1883, l'article 1734, dérogeant au principe de la division de la dette entre co-débiteurs, établissait une responsabilité solidaire entre les colocataires — conséquence de la présomption de faute délictuelle que la tradition faisait peser sur les occupants. (Les travaux préparatoires vont jusqu'à parler d'un « devoir de surveillance mutuelle » !) La loi du 5 janvier 1883 a supprimé cette solidarité, en déclarant tous les locataires responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent — « à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux ».

Il faut écarter l'hypothèse de la responsabilité délictuelle. Lorsqu'un locataire est démontré avoir commis une faute, c'est lui qui répond de tout le dommage. A l'inverse, si l'on prouve qu'il y a eu cas fortuit, vice de construction, malveillance d'un tiers, aucun des occupants n'est responsable. Il en est de même, s'il est démontré que le feu a pris dans un local de jouissance commune, ce qui équivaut à la preuve par chaque occupant que le feu n'a pu prendre chez lui.

Reste l'hypothèse où l'origine de l'incendie est inconnue. Alors il semble que le législateur ait voulu supprimer la présomption ancienne, en limitant la responsabilité du locataire à la partie de l'immeuble qu'il occupe, s'il n'y a pas faute démontrée. Telle n'est pas la solution de la jurisprudence. Elle décide que le locataire chez qui l'incendie a commencé est tenu de la valeur de tout l'édifice (Civ., 4 juin 1889. D. 1890. 1. 351). A l'inverse, si l'un des occupants a démontré que l'incendie n'a

pu commencer chez lui, les autres seront tenus, non pas de la portion du dommage correspondant à l'étendue de leur occupation, mais de la totalité du préjudice, par voie de répartition. (Orléans, 10 mai 1890. D. 1891. 2. 230). En revanche, le locataire exonéré, qui a subi, à raison de la destruction de son mobilier, un préjudice dont il a démontré n'être pas l'auteur, pourra réclamer une indemnité à ses voisins, mais à charge de prouver à leur rencontre une faute précise. Aucun lien contractuel ne les obligeait de veiller à la conservation du mobilier du demandeur, et le fait que l'incendie a pris chez eux ne suffit pas à les constituer en faute (Civ., 11 juin 1909. D. 1910. 1. 361).

On voit que l'antique présomption de faute qui pèse sur les occupants subsiste dans le système de la loi de 1883. Ils demeurent toujours, à supposer même qu'on ne puisse les démontrer en faute, tenus d'une responsabilité supérieure à l'étendue de leur occupation. D'ailleurs, lorsque le propriétaire habite lui-même une partie des locaux, la présomption de faute pèse sur lui comme sur les autres occupants. Il ne peut donc invoquer la responsabilité des locataires qu'après s'être disculpé de la présomption de faute existant à sa charge, en prouvant que le feu a pris chez un des preneurs, ou qu'il n'a pu prendre chez lui. (Civ., 9 mai 1905. D., 1905, 1. 280) (1).

En matière de louage d'ouvrage, l'article 1789 porte que l'ouvrier ne répond que de sa faute. Débi-

(1) La présomption de l'article 1733 ne s'applique, d'ailleurs, qu'à la restitution du local loué. Ainsi, le fermier débiteur des pailles et engrais de l'année est libéré par le cas d'incendie, tant qu'une faute n'a pas été établie à sa charge. Quant au métayer, sa responsabilité est moins lourde, à raison de la faculté de surveillance du bailleur. (Loi de 1889).

teur de la restitution de la matière qui lui a été confiée, il n'est libéré qu'en démontrant que la chose a péri sans sa faute (art. 1302). Cette hypothèse un peu théorique est modifiée, en matière de bâtiments, par les deux articles 1792 et 2270. Ces deux textes dérogent au principe que l'ouvrier est délivré de toute responsabilité par la réception du travail, et lui imposent dix années de garantie à la suite de cette réception. Une semblable sévérité s'explique : d'abord, par l'impossibilité pour le maître de procéder à une réception sérieuse, étant donnée la complexité des connaissances nécessaires ; ensuite, par une raison d'ordre public, exigeant des architectes et entrepreneurs la *peritia artis* — ou, si l'on veut, par la confiance très étendue que l'on est forcé d'avoir en eux (M. E. Lévy). Quelle est la nature de cette responsabilité imposée aux constructeurs ? Il semblerait qu'elle dût être contractuelle. Ils ont promis un édifice bien conditionné et, s'ils ne l'ont pas fourni tel, ils sont responsables, à moins qu'ils ne prouvent le cas fortuit ou l'action d'une force étrangère. Cependant, la doctrine et la jurisprudence ont cru trouver dans la Loi, en certains cas, une présomption de faute.

Il faut distinguer, à ce point de vue, selon le mode de rémunération usité. Si le constructeur a fait un marché à prix fait (art. 1792), il est, en cas de destruction, présumé en faute. C'est à lui, s'il veut échapper aux dommages-intérêts, à prouver le cas fortuit ou la force majeure. Même la démonstration d'une faute imputable au client — par exemple, le fait que le plan a été fourni par lui — n'est pas une cause d'exonération pour le constructeur. Toutefois, le Conseil d'Etat admet volontiers une atténuation de la responsabilité dans ce cas, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un travail public, sans doute parce que la

liberté de l'entrepreneur est moins complète qu'elle ne l'est au regard d'un particulier (C. d'Etat, 12 novembre 1886. D., 1888, 3. 27). Que si, au contraire, le constructeur a passé un marché sur devis (article 2270), c'est au propriétaire à démontrer la faute, l'impéritie, le vice de la construction ou du sol dont il aurait dû se rendre compte, par application de l'article 1382 (Civ., 14 nov. 1900. D., 1901, I. 153). La raison de cette distinction, c'est que, dans le cas d'un marché à prix fait, il y a apparence que le constructeur cherchera à réaliser des économies peut-être excessives, au détriment de la bonne exécution des travaux, et qu'il faut l'en détourner par une sanction plus rigoureuse.

On distingue encore entre l'édifice, les gros et les menus ouvrages. La destruction de l'édifice entier donne ouverture à la présomption de faute. Des gros ouvrages, le constructeur n'est responsable qu'à la condition qu'une faute soit prouvée contre lui. Enfin, il n'est plus responsable des menus ouvrages après la réception des travaux, car ceux-ci peuvent être aisément vérifiés même par un profane. Les arrêts font une dernière différence entre les cas de perte et de simple malfaçon. Dans le premier, le constructeur est présumé en faute ; dans le second, la preuve d'une faute incombera au propriétaire (Req., 16 mai 1904. D. 1905, I. 352).

La responsabilité édictée par la Loi peut se répartir entre l'architecte et l'entrepreneur. Ici, la jurisprudence tient le plus grand compte de l'apparence. Si un seul a fait le plan et exécuté le travail, il y aura plénitude de responsabilité. Mais, si le propriétaire s'était adressé directement à un entrepreneur, la responsabilité de ce dernier ne s'étendrait pas aux vices résultant du défaut de connaissances spéciales, qu'on ne peut attendre de sa profession.

Ainsi, il ne serait pas responsable, à moins de faute prouvée, des ruines résultant des vices du sol (C. d'Etat, 11 novembre 1881. D. 1883. 3. 21).

Si l'architecte a seulement fourni le plan, il ne répond que des vices de ce plan, non des vices du sol ou des matériaux, ni de la mauvaise exécution des travaux, dont l'entrepreneur seul sera tenu. Mais il peut y avoir élargissement de la responsabilité de chacun en cas de faute prouvée : de l'architecte, s'il a connu la défectuosité du sol ; de l'entrepreneur, s'il a connu les vices du plan. Lorsque l'architecte a, en outre, dirigé les travaux, la jurisprudence administrative divise la responsabilité entre lui et l'entrepreneur (C. d'Etat, 16 juin 1882. D. 1883. 1. 123). D'après la jurisprudence civile, au contraire, l'architecte est responsable de tout, même du fait de l'entrepreneur, en raison de son engagement de surveiller les travaux. Cette responsabilité ne supprime pas, d'ailleurs, celle de l'entrepreneur, à charge de démontrer une faute de celui-ci (Req., 10 juin 1898. D. 1898. 1. 367).

La question de Preuve se pose encore à propos d'un louage d'industrie qui est peut-être, à l'heure actuelle, le plus important de tous : nous voulons parler du contrat de Transport. La rapidité et la puissance des moyens de locomotion, le rôle presque exclusif qu'y joue le machinisme, ne sont pas sans occasionner de fréquents accidents, qui mettent en jeu presque journellement la responsabilité du transporteur.

En matière de transport de personnes, la responsabilité du transporteur au cas d'accident a fait l'objet d'une vive controverse, portant précisément sur le point de savoir à qui incombe le fardeau de la Preuve. Doit-on considérer le voiturier comme ayant assumé la charge, non seulement de transporter le

voyageur, mais encore de le rendre indemne à destination — comme tenu d'une dette de sécurité, analogue à celle du chef d'entreprise, d'après certaines théories ? Quoi qu'on en puisse penser dans le contrat de travail, il semble qu'ici la responsabilité prend bien sa source dans une convention. Le transporteur ne peut donc, en cas d'accident, échapper à la condamnation qu'en démontrant le cas fortuit, la force majeure ou la faute du voyageur. « La responsabilité du voiturier, écrit M. Josserand, n'est ni contractuelle ni délictuelle ; elle est légale et objective. Dispensateur de forces dont la direction lui appartient, il doit réparer tous les dommages que ces forces déterminent. »

Cependant, la Cour de cassation, malgré de nombreux arrêts de Cours d'appel, a longtemps jugé que la responsabilité du transporteur était délictuelle, et que c'était par conséquent au passager à prouver la faute de celui-ci. En effet, disait-on, l'article 1784 ne vise que le transport de marchandises inertes, sur lesquelles les préposés du transporteur exercent une garde et une manutention qu'on est en droit de supposer défectueuse en cas d'accident. Au contraire, le voyageur, être libre et responsable, peut pourvoir à sa sécurité, ou contrarier la vigilance du voiturier par son imprudence ou sa volonté (Req., 1^{er} mai 1899. D. 1899. 1. 558).

Mais la jurisprudence de la Cour suprême a subi une importante et heureuse transformation. Partant de cette idée que nombre d'accidents proviennent d'un défaut dans le service du transport ou dans le fonctionnement du matériel, elle a posé ce principe que « l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ». Sa responsabilité repose donc sur une base contractuelle, et, en

cas d'accident, ce sera à lui de démontrer à sa décharge l'action d'une cause étrangère (Civ., 27 janvier 1913. D. 1913. 1. 249). Mais l'idée de contrat de transport est encore appliquée avec une singulière prudence, puisque l'accident survenu au voyageur qui a dépassé sa destination est encore régi par les principes de la responsabilité délictuelle (Pau, 6 mars 1914. S. 1914. 2. 215). En outre, la Compagnie est déclarée non responsable de la perte des colis à main transportés par le voyageur, pour ce même motif qu'il n'y a pas eu enregistrement, mais simple tolérance de fait, et qu'en ce qui les concerne aucun contrat de transport ne s'est formé (Civ., 3 février 1896. D. 1898. 1. 502). L'indemnité n'est donc due qu'en cas de faute démontrée, tel que le détournement par un agent.

En matière de transports-marchandises, il n'est pas douteux que la responsabilité du transporteur est de nature contractuelle. Il s'est engagé à transporter la marchandise et à la livrer sans détérioration. S'il n'exécute pas son obligation, en cas de perte, d'avarie ou de simple retard dans la livraison, il sera donc responsable, à moins de prouver que l'inexécution de son obligation tient à une cause indépendante de sa volonté (art. 1784). Quant à l'étendue de la responsabilité, elle comprend, conformément au Droit commun, le préjudice causé et le gain manqué. Le simple retard d'une caisse d'échantillons comportera une indemnité pour les affaires manquées. La seule limitation est celle de l'article 1150, qui exonère le transporteur, sauf le cas de dol, des suites de sa faute qu'il ne pouvait prévoir en contractant. Les Compagnies peuvent ainsi résister à des prétentions exagérées, en cas de perte de bagages ayant soi-disant contenu des objets de valeur (Req., 25 mars 1912. D. 1913. 1. 341).

Une question connexe est celle de la validité des clauses d'irresponsabilité. Elle n'est pas spéciale au contrat de transport. D'après la tradition du Droit romain, le contrat peut exonérer le débiteur de sa faute ordinaire, non de son dol. Aujourd'hui, bien que la jurisprudence ait respecté la tradition, il est incontestable que le Code civil est peu favorable aux stipulations de ce genre. C'est ainsi que la clause de non-garantie dans la vente ne s'applique pas au regard du vendeur lui-même (art. 1627-1629). L'assurance-accidents, qu'on a parfois tenté de leur assimiler, est une garantie d'indemnisation pour le créancier éventuel de dommages-intérêts, tandis que la clause d'exonération le prive de toute indemnité.

Spécialement, en matière de transports par voie ferrée, on a longtemps discuté sur la valeur de la clause d'irresponsabilité résultant de l'adoption des tarifs spéciaux, moins coûteux que le tarif général, et pour lesquels la Compagnie déclarait ne pas répondre « des déchets et avaries de route ». La Cour de cassation avait adopté cette solution singulière, qu'une telle clause ne devait pas exonérer le transporteur de toute responsabilité, mais qu'elle renversait la charge de la Preuve en faisant présumer la force majeure, et obligeait l'expéditeur à justifier d'une faute de la Compagnie (Civ., 14 avril 1899. D. 1899. 1. 487). Une telle conception aboutissait, le plus souvent, à l'exonération totale, à raison de l'impossibilité où se trouvaient les expéditeurs de démontrer ou même de découvrir le fait précis constituant la faute — car il ne suffisait pas d'arguer la Compagnie d'une absence de soins (Civ., 18 février 1902. D. 1902. 1. 477). Les réclamations du commerce aboutirent au vote de la loi du 17 mars 1905 (Loi Rabier), modifiant l'article 103 du Code de commerce, qui consacre la responsabilité du voiturier,

à moins qu'il ne démontre la force majeure ou la faute de l'expéditeur. Désormais, toute clause contraire est nulle.

Cependant, la prohibition ne doit pas aller jusqu'à faire supporter au chemin de fer les conséquences d'une faute de l'expéditeur. L'accident survenu à des bestiaux transportés incombe à ce dernier, quand il s'en est réservé la surveillance (Civ., 15 mars 1909). En outre, la jurisprudence est généralement favorable à l'irresponsabilité, pour vice des bâches que la Compagnie livre gratuitement à l'expéditeur (Civ., 23 avril 1913. D. 1913. 1. 228). Enfin, la prohibition ne s'applique pas au transport des personnes. Or, il existe, en cette matière, des clauses d'exonération : non-garantie des correspondances, engagement pris par l'abonné, dans le contrat d'abonnement, de ne réclamer aucune indemnité en cas d'arrêt, retard, etc. La jurisprudence est divisée sur la valeur de cette clause. Certaines décisions déclarent la Compagnie responsable, du moins en cas de dol, fraude ou faute lourde (Civ., 2 août 1905. D. 1908. 5. 58). D'autres mettent la preuve de la faute à la charge de l'abonné. Nul doute que nous n'assistions un jour à une extension de la loi Rabier (1).

Le contrat de Travail présentait, quant à sa preuve,

(1) En matière commerciale, l'exercice de l'action en responsabilité se trouve souvent compliqué par l'intervention d'un commissionnaire. La commission de transport étant un mandat, le commissionnaire, tenu seulement de sa diligence personnelle et affranchi de la force majeure, ne devrait pas être responsable des fautes commises par le voiturier. Il lui suffirait de justifier envers l'expéditeur de la livraison qu'il lui a faite en temps utile. Cependant, les articles 97 à 99 du Code de Commerce permettent à l'intéressé d'attaquer le commissionnaire dans tous les cas, sans rechercher à qui l'accident est imputable. Il conserve, d'ailleurs, l'action directe contre le transporteur (art. 1166).

une anomalie intéressante et révélatrice d'un état d'esprit. D'après l'article 1781 ancien, dans toutes les contestations portant sur le taux du salaire ou son paiement, le maître jouissait d'un véritable monopole de preuve. « Le contrat de travail n'étant presque jamais rédigé par écrit, disait Treilhard, il faut bien se fier aux déclarations des parties : or, le maître mérite plus de confiance. » Cette disposition, écrite pour les gens de maison, avait été étendue par la jurisprudence aux ouvriers. La loi du 2 août 1868 l'a abrogée, sans grand profit pour le salarié demandeur, puisqu'à défaut d'un écrit qu'il ne peut presque jamais produire, il est, en fait, obligé de déférer le serment au défendeur.

En matière de dépôt d'hôtellerie, on sait que la responsabilité de l'hôtelier, conformément à une tradition remontant au Droit romain, ne cède que devant la preuve de la force majeure. Néanmoins, cette responsabilité est limitée à un maximum forfaitaire de mille francs, pour les effets de toute nature conservés par le voyageur dans son appartement (article 1953). Or, la jurisprudence décide que cette règle cesse de s'appliquer dans le cas où celui-ci prouverait l'existence d'une faute commise par l'hôtelier : par exemple, si, dans une région où les vols sont fréquents, le service de surveillance était insuffisant et les portes démunies de verrous intérieurs (Req., 30 mars 1909. D. 1909. 1. 351).

Dans le domaine des Contrats aléatoires, l'exception joue un rôle important lorsqu'il s'agit de Marchés à terme. Des arrêts du Conseil du roi, une loi du 28 vendémiaire an IV, l'article 422 du Code pénal, s'étaient efforcés de mettre obstacle à ceux qui recouvreraient un simple pari. Au point de vue civil, la jurisprudence, après de nombreuses variations, avait reconnu aux tribunaux, lorsque l'exécution

d'un marché de ce genre était réclamée devant eux, le droit de décider, par une appréciation souveraine des faits, si l'on se trouvait en présence d'une opération réelle ou fictive. Dans le premier cas, ils devaient repousser l'exception de jeu, et l'admettre dans le second (Req., 21 août 1882. D. 1883. 1. 258). Les réclamations de la finance aboutirent à la loi du 28 mars 1885, qui établit une présomption de réalité en faveur de tout marché à terme.

Quelle est la force de cette présomption ? Dans un premier système, elle pourrait être combattue par toute preuve contraire (Paris, 15 décembre 1896. D. 1897. 2. 291). Mais cette opinion, bien que conforme aux principes généraux du Droit, n'est pas admise par la Cour de cassation. Se basant sur les travaux préparatoires, elle décide que la présomption de régularité des marchés à terme peut être combattue, mais seulement par la production d'une preuve écrite établissant chez les contractants, dès l'époque du contrat, la volonté commune d'un simple paiement de différence. (Req., 1^{er} août 1904. D. 1904. 1. 583). C'est la suppression pratique de l'exception de jeu.

Il est vrai que le spéculateur malheureux conserve le bénéfice de deux autres exceptions : l'une est tirée du défaut de qualité de l'intermédiaire (exception de coulisse) ; l'autre, l'absence d'une contre-partie.

Par l'exception de coulisse, le client soutient que l'opération est illégale, faute d'avoir été faite par l'intermédiaire d'un agent de change. Cependant, il est certains actes que le coulissier peut faire seul : par exemple, le transfert d'ordres à un agent de change. Il y a des discussions fréquentes sur le point de savoir si l'intermédiaire libre a transmis effectivement l'ordre ou s'il l'a exécuté lui-même,

ce qui rendrait l'opération irrégulière. A défaut de production par le coulissier d'un bordereau d'agent de change, que faut-il présumer ? On a soutenu (Lyon-Caen et Renault) que c'était au client d'établir la non intervention, car il oppose une exception à la demande de règlement, et, par suite, il doit en établir le bien fondé. La jurisprudence est contraire. Le coulissier doit rendre ses comptes, prouver qu'il a accompli son mandat dans les formes légales, produire un bordereau ou une pièce équivalente (Civ., 29 mai 1883. D. 1883. 1. 418). D'ailleurs, la production d'un bordereau lui permettrait seule d'échapper à l'amende prévue par la loi du 13 avril 1898. C'est un renversement des règles de la Preuve, pour des raisons faciles à comprendre. On a vu des juges se fonder sur l'idée, contestable en soi, que l'opération de coulisse serait viciée par une présomption absolue et irréfutable de jeu (Paris, 5 mars 1892. D. 1893. 2. 17).

En pratique, lorsqu'une contestation s'élève à l'occasion d'un compte déjà réglé, le client ne perd point le droit d'y revenir ; mais, en le recevant, il a chargé son mandataire de l'obligation d'en justifier. Passé le règlement, c'est à lui de prouver que les opérations sont irrégulières — ce qui, étant donné le paiement et l'arrêté de compte, impose au spéculateur une preuve impossible.

Quant à l'exception de contre-partie, elle est fondée sur ce fait que l'intermédiaire, au lieu de traiter le marché avec un tiers, a opéré pour lui-même sans en avertir son client. Cette pratique est interdite aux agents de change, et présomption de vérité est due à leurs bordereaux : ce qui ne veut pas dire qu'ils échappent à la vérification, si certains indices viennent militer contre cette présomption (Trib. Com. Seine, 11 juin 1904. D. 1906. 2. 14). Pratiquement,

la question se pose pour l'intermédiaire libre. La jurisprudence française — contraire en cela au Droit allemand, interdit le cumul du rôle d'agent d'exécution avec celui d'opérateur. Le client peut donc exiger que son mandataire justifie de l'existence d'une contre-partie, faute de quoi il sera affranchi des suites du marché (Trib. Com. Seine, 24 décembre 1896. D. 1899. 2. 297), sauf rectification ultérieure par un fait caractéristique de volonté.

Ce qui complique la question, c'est que l'intermédiaire use souvent de la substitution de mandat et se prétend quitte de toute autre justification, après qu'il a établi que l'ordre a été passé par lui à un tiers. S'il peut produire à son client un arrêté de compte valant *quitus* pour le substitué, il est lui-même libéré, sous réserve des cas de fraude. Sinon, le donneur d'ordre pourra s'attaquer au substitué par la voie de l'action oblique, et le mettre en demeure de fournir des justifications (Civ., 10 décembre 1912. D. 1914. 1. 349).

En matière de Mandat, on sait que, suivant une tradition constante, ce genre de contrat est gratuit, s'il n'y a convention contraire (art. 1986). D'après ce texte, le mandataire n'a droit à une rémunération qu'autant qu'elle a été convenue. C'est donc à lui d'en faire la preuve, faute de quoi il ne pourra exiger aucun émolument (Req., 15 juillet 1896. D. 1896. 1. 561). Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que cette convention ait fait l'objet d'une déclaration expresse. Elle peut être tacite, c'est-à-dire résulter, soit de la profession du mandataire, soit des circonstances dans lesquelles le mandat a été donné.

Relativement à l'existence du contrat lui-même, on sait que la volonté du mandant peut être manifestée tacitement, lorsqu'elle résulte des conditions mêmes dans lesquelles le mandataire agit (actes pas-

sés par la femme mariée pour les besoins de son ménage, achats faits par les domestiques, etc.). La jurisprudence se montre assez restrictive en ce qui concerne la preuve imposée au tiers qui invoque le mandat. Elle exige un écrit à l'appui de sa demande, aux termes de l'article 1341, sans autoriser le mandateur à recourir aux présomptions (Req., 2 janvier 1907. D. 1910. 1. 262). Pourtant, elle admet que le mandant qui a donné procuration au mandataire peut prouver par tous moyens les faits d'où résulte l'acceptation tacite de celui-ci (Civ., 20 novembre 1888. S. 1889. 1. 9) (1).

(1) D'une manière générale, le Mandat est un terrain d'élection de la Preuve. Le dédoublement de la personnalité du mandant, l'exercice par le mandataire d'une activité dont les effets se produisent sur la tête d'autrui, rendent les contestations presque aussi fréquentes qu'en matière d'interposition de personnes. Aussi la Loi a-t-elle multiplié ses dispositions.

D'après l'article 1996, c'est au mandant qui réclame des intérêts pour un emploi de deniers fait par le mandataire à son usage personnel, à fournir la preuve de cet emploi et du moment où il a été effectué. Ainsi, le liquidateur d'une société ne peut être condamné au remboursement des intérêts des sommes qu'il a recouvrées, s'il n'est pas établi qu'il a employé ces sommes à son profit (Civ., 5 novembre 1873 ; D., 1873, 1.454). D'ailleurs, le mandant n'a pas à démontrer que son mandataire a fait des fonds tel ou tel emploi, mais seulement qu'il en a retiré profit.

D'après l'article 1997, c'est aux tiers qui ont traité avec le mandataire qu'il incombe de prouver que celui-ci ne leur a pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs. Dès qu'ils ont traité avec lui *ès-qualité*, ils sont présumés en avoir eu communication ; toutefois, une telle présomption céderait devant la preuve contraire. A l'inverse, le mandataire qui excède les limites de son mandat s'oblige directement et personnellement envers les tiers, à moins qu'il ne justifie leur avoir donné connaissance préalable de sa fonction. (Douai, 12 novembre 1840 ; J. G. D. *Mandat*, 305-1°). Il doit exprimer dans l'acte qu'il contracte au nom d'un tiers, sans quoi il est présumé avoir agi pour lui-même.

Quant à la cessation du contrat, une première opinion (Lau-

SECTION SIXIEME

LES SURETÉS

En matière de Cautionnement, l'article 2037 exige, pour que la caution puisse invoquer le bénéfice de subrogation : d'abord, que le créancier ait laissé éteindre les sûretés qui garantissaient sa créance ; ensuite, que la caution ait éprouvé un préjudice. Si donc il était établi que les sûretés auxquelles le créancier a renoncé eussent été inefficaces, l'article 2037 ne s'appliquerait pas. C'est d'ailleurs à la caution à faire la preuve du préjudice dont elle se plaint (Req., 2 décembre 1903. D. 1905. 1. 9).

On sait que l'article 2102 crée au profit du bailleur un Privilège sur les meubles garnissant les lieux loués. Bien que ces meubles n'appartiennent pas au preneur, le bailleur de bonne foi, ignorant ce défaut de titre, conserve néanmoins son privilège. En effet, il est assimilé au créancier gagiste, et peut se

rent) soutient que c'est au mandataire à prouver son ignorance du fait qui l'a amenée. D'après une autre théorie (Baudry-Lacantinerie), l'ignorance du mandataire doit toujours être présumée. La Cour de cassation s'est prononcée dans les deux sens. Elle admet généralement que les actes passés par un mandataire, après le décès de son mandant, sont présumés faits en connaissance de cause, à moins que l'on ne rapporte la preuve de l'ignorance du décès. (Civ., 25 avril 1864 ; D., 1864, I.182). Mais elle a jugé, en sens inverse, que l'acte signifié par un mandataire, à la requête du mandant décédé, est interruptif de prescription si le mandataire est de bonne foi, ce qui est présumé jusqu'à preuve contraire. (Req., 6 novembre 1832 ; J. G. D. *Mandat*, 468). Notamment, si le mandant est un étranger, le mandataire est censé avoir ignoré son décès. (Paris, 25 avril 1807 ; J. G. D. *Mandat*, 467). Ces contradictions de surface s'expliquent fort bien avec le système de l'apparence.

prévaloir de l'article 2279 pour repousser toute action en restitution émanée d'un tiers, sauf le cas de perte ou de vol. Si, au contraire, le bailleur est de mauvaise foi, s'il a connu le défaut de droit du locataire, il n'est plus couvert par la règle *En fait de meubles...* et, dès lors, le tiers propriétaire qui a prêté des objets au locataire ou les a déposés chez lui, pourra les revendiquer à l'encontre du preneur. Naturellement, la bonne foi de celui-ci est présumée, comme le veut la règle générale — sauf pour son adversaire à renverser cette présomption, ce qu'il peut faire par tous les moyens de preuve. Cependant, quand le locataire est un commerçant qui fait profession de recevoir en dépôt des objets appartenant à des tiers, pour les réparer ou les conserver (exploitation d'un garage), la présomption fait place à une présomption contraire, et le bailleur est réputé à priori de mauvaise foi.

Un autre Privilège de nature mobilière appartient aux ouvriers agricoles. Il porte sur la récolte de l'année (art. 2102-4°). Lorsque les travailleurs sont des gens de service de l'agriculteur, ils jouissent d'un privilège général sur les biens de celui-ci (art. 2101-4°). Mais ce double avantage ne leur appartient qu'à la condition de prouver que les salaires qu'ils réclament proviennent exclusivement de travaux faits pour la récolte de l'année (Req., 15 juin 1898. D. 1898. 1. 499).

SECTION SEPTIEME

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

En ce qui concerne le régime de Communauté, les articles 1402 et 1499 édictent une présomption de caractère général, portant que tous les biens des

époux seront réputés communs, à moins que l'un des conjoints ne fasse la preuve de leur caractère de propres. Cette présomption est originaire de notre ancien Droit : « Tous biens, dit Loysel, sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire: » Elle se retrouve dans les Codes allemand (art. 1527) et suisse (art. 215). Outre qu'elle traduit un état d'apparence presque constant, son utilité est double au point de vue de la Preuve. D'abord, elle est favorable aux créanciers de la communauté, en ce qui concerne leurs droits sur les propres de la femme — qu'ils ne peuvent, comme on le sait, poursuivre, à moins que celle-ci ne se soit engagée personnellement envers eux. La présomption de la Loi met obstacle à ce que la femme puisse rejeter sur les créanciers la charge de la preuve contraire, en alléguant simplement que le bien qu'ils veulent saisir lui appartient en propre. C'est à elle-même d'apporter la preuve d'une telle affirmation.

En outre, la présomption de communauté simplifie les rapports des époux et de leurs héritiers respectifs, au jour de la dissolution. Ce serait une singulière complication apportée à la liquidation, s'il fallait, à propos de chaque valeur, établir qu'elle fait partie de la masse commune. Il est plus rationnel, et plus conforme à l'apparence, de laisser à celui des époux qui réclame un bien comme propre, le soin de prouver son droit.

La question se pose en pratique, au cas d'acquisition d'un immeuble appartenant par indivis à l'un des conjoints. Cette part d'immeuble ainsi acquise est, en principe, un propre (art. 1408). Si les deux époux étaient acheteurs conjointement, la présence de l'époux cohéritier à l'acte ne peut s'interpréter autrement que par son désir d'acquérir personnellement (Pau, 27 juillet 1885. D. 1886. 2. 186). Mais

que décider pour le cas où l'acquisition est faite par le conjoint de l'époux cohéritier, agissant seul et en son nom personnel ? Il importe de distinguer, suivant que l'acquéreur est la femme ou le mari.

Dans le cas, assez rare, où c'est la femme dûment autorisée, qui se rend adjudicataire de l'immeuble dont le mari est copropriétaire, on décide que l'immeuble tombe en communauté. Il n'y a pas lieu de présumer que la femme agit pour le compte de son mari, ce qui serait contraire à l'usage. La femme est donc réputée avoir acquis pour elle-même, et son acquisition doit tomber en communauté en vertu des règles légales (Pau, 9 décembre 1889. S. 1891. 2. 49).

Mais, plus fréquemment, c'est le mari qui se rend adjudicataire, en son nom personnel, de l'immeuble appartenant pour part indivise à sa femme. Quelle sera la situation de l'immeuble ? La doctrine se prononce en général pour la communauté, lorsqu'il a été acquis à titre onéreux pendant le mariage. Il ne pourrait être attribué comme propre à la femme, que si le mari avait agi comme son mandataire — ce qui ne peut être présumé, quand il a acquis en son nom personnel. La Cour de cassation a, dans un arrêt important du 17 février 1886 (D. 1886. 1. 249) repoussé cette interprétation, en admettant une présomption contraire. Le mari, dit-elle, est présumé avoir « stipulé dans l'intérêt de la femme, en vertu d'un mandat tacite de cette dernière ». N'est-il pas plus naturel, en effet, de supposer que le mari agit, en pareille occurrence, pour le compte de sa femme et dans son intérêt, plutôt que dans son intérêt personnel ? N'est-il pas ici dans son rôle d'administrateur légal ? Donc, l'immeuble deviendra un propre de la femme.

En décidant ainsi, la jurisprudence ne fait que

renouer la tradition du Droit romain, conservée dans notre ancien Droit, où l'on admettait que l'immeuble appartenant pour une part indivise à la femme devenait un propre de celle-ci, lorsqu'il était acquis par le mari, sans qu'il eût à justifier d'un mandat. « La qualité que j'ai de mari et d'administrateur des biens de ma femme, écrivait Pothier, doit faire facilement présumer que, dans les actes qui concernent les affaires de ma femme, c'est en cette qualité de mari et pour ma femme que j'y procède, quoique cela ne soit point exprimé dans l'acte. » Cette présomption tomberait, d'ailleurs, devant la preuve d'une intention contraire, à la condition que le mari manifestât d'une façon non équivoque sa volonté d'acquérir pour le compte de la communauté.

En ce qui concerne le passif, on sait que la communauté n'est tenue des dettes de la femme contractées avant le mariage, qu'autant que le créancier peut produire un acte authentique, ou un écrit ayant reçu date certaine avant le mariage. La Loi lui permet, d'ailleurs, en cas de perte de son titre résultant d'un cas fortuit, ou d'impossibilité pour lui de se procurer une preuve écrite de la dette, d'établir par présomptions l'antériorité de sa créance. A l'inverse, si c'est la femme mariée qui, pour s'obliger sans autorisation, a antidaté l'acte d'obligation, ce sera à elle ou à son mari de démontrer la fraude commise, à l'effet d'annuler la dette.

Mais quelle sera l'étendue des droits du créancier, au cas où les deux époux s'obligent solidairement ? Comme les obligations de ce genre sont généralement prises dans l'intérêt de la communauté ou du mari, l'article 1431 a établi au profit de la femme une présomption de simple caution. En conséquence, si, poursuivie par le créancier, elle est tenue de payer la dette sur ses propres, elle aura le droit

de se faire rembourser par la communauté la totalité de la dette. Le mari peut, d'ailleurs, infirmer cette présomption, en prouvant que l'engagement solidaire ne concernait que les affaires de sa femme (Civ., 31 octobre 1893. D. 1894. 1. 156).

Certains auteurs ont, il est vrai, soutenu que la femme ne peut invoquer sa qualité de caution qu'autant qu'elle prouve s'être engagée pour une affaire de la communauté ou du mari. C'est dire qu'il ne résulte de l'article 1431 aucune présomption dérogatoire au Droit commun, car il est de règle que tout débiteur solidaire ne peut recourir contre son codébiteur, s'il ne prouve s'être engagé dans l'intérêt de celui-ci. Mais la jurisprudence affirme avec énergie que toute obligation assumée par la femme, solidairement avec le mari, est considérée à priori comme contractée dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté (Req., 3 juin 1891. D. 1892. 1. 13).

Si nous examinons les modifications possibles du régime de communauté, nous voyons que la Clause d'apport a pour effet de rendre l'époux débiteur, envers la masse commune, de la somme qu'il a promis d'y mettre. Il doit, lors de la dissolution, justifier qu'il a acquitté son obligation (art. 1501). Les règles à appliquer diffèrent tout naturellement, suivant qu'il s'agit du mobilier présent ou futur, et suivant que la preuve doit être faite par la femme ou par le mari.

Quant au mobilier présent, s'il s'agit d'un apport de la femme, celle-ci fera la preuve au moyen de la quittance donnée par le mari. Le plus souvent, d'ailleurs, le contrat porte que le mari sera chargé du mobilier de la femme par le seul fait de la célébration du mariage, ou que cette stipulation en vaudra quittance. Mais la jurisprudence admet qu'elle ne prouve pas d'une manière irréfutable le versement

de la dot au mari. Elle a pour unique effet de déplacer la charge de la Preuve : la femme n'a plus rien à prouver. Si le mari soutient qu'en fait il n'a pas touché la dot, c'est à lui de l'établir (Civ., 21 octobre 1913. S. 1914. 1. 390). Cependant, lorsque l'apport de la femme comprend une créance contre un tiers, la femme n'a pas à produire la quittance donnée par le mari au débiteur, puisque cette quittance est aux mains de ce dernier. La preuve résultera donc suffisamment de la mention portée au contrat. Ce sera au mari de prouver que le débiteur n'a pas payé. Mais, si l'apport est effectué par le mari, la preuve sera établie par la déclaration portée au contrat (art. 1502).

Quant au mobilier futur, c'est au mari qu'il incombe de fournir la preuve de sa consistance et valeur, aussi bien des meubles échus à sa femme que de ceux qu'il aura recueillis lui-même, puisque les uns et les autres sont entre ses mains. Il devra donc faire dresser un inventaire à cet effet (art. 1504-1°). A défaut, la Loi se contente d'un titre écrit. S'il ne peut le produire, le mari ne pourra exercer la reprise du mobilier qui lui est échu. Il restera débiteur de la somme promise, s'il n'a pas effectué d'apports, ou s'il l'a fait seulement pour une valeur inférieure. La femme jouit d'un traitement plus favorable, parce que la faute du mari, qui a négligé de dresser un inventaire, ne saurait se retourner contre elle. Elle pourra faire la preuve de la valeur de son mobilier par tous moyens, même par commune renommée (art. 1504-3°).

Le fait que le mari n'est pas tenu de rendre compte de la façon dont il a géré la communauté, pose une question fort importante au jour de sa dissolution. Si le mari ne représente pas le prix de la vente d'un immeuble commun, en déclarant qu'il a dépensé

l'argent, sera-t-il obligé de prouver la réalité des dépenses qu'il prétend avoir faites ? ou, au contraire, la femme en sera-t-elle réduite à établir, soit qu'il a employé les deniers communs à l'enrichissement de son patrimoine propre, soit qu'il les a divertis ou recelés ? La réponse, au point de vue historique, ne semble pas douteuse. *Seigneur et maître* de la communauté, le mari n'est tenu de produire aucun compte, aucune justification.

Cependant, la jurisprudence a introduit en cette matière un tempérament fort important. Déjà, elle avait admis la femme à faire annuler les actes frauduleux du mari, sans avoir à prouver la fraude du tiers acquéreur, contrairement au principe de l'action Paulienne. Elle décide, sans doute, que le mari est présumé avoir dépensé dans l'intérêt de la communauté les sommes qu'il a empruntées ou reçues des débiteurs, et que c'est à la femme d'établir qu'il en a tiré un profit personnel ou qu'il a agi dolosivement (Civ., 19 janvier 1886. D. 1887. 1. 70). Mais elle reconnaît, d'autre part, que le mari est tenu de justifier de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il prétend avoir faites au cours de la communauté (Civ., 11 novembre 1895. S. 1896. 1. 281). Une telle solution, inconciliable avec les pouvoirs que notre Droit reconnaît au mari, ne peut s'expliquer que par des considérations d'apparence.

La loi du 13 juillet 1907, relative aux Biens réservés, a poussé plus loin encore les concessions accordées à la femme en matière de Preuve. La question se pose dans l'hypothèse où la femme veut exercer à l'égard d'un tiers les pouvoirs que lui donne la Loi. Par exemple, elle veut employer des deniers provenant du produit de son travail, engager ou aliéner un bien réservé. Dans tous ces cas, la Loi simplifie la preuve à l'extrême. La femme n'a pas

à prouver l'origine du bien qui fait l'objet du contrat. Il lui suffit d'établir qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari — et cela par tous moyens, même par un simple acte de notoriété. La responsabilité des tiers avec lesquels la femme a traité n'est d'ailleurs pas engagée. Le contrat par eux conclu est valable, à la seule condition que la femme ait justifié de sa profession. Il est impossible de ne pas relever la faiblesse de cette solution. La démonstration imposée à la femme ne prouve nullement que le bien qu'elle se propose d'aliéner résulte vraiment de son travail ou des économies réalisées. Lors de la discussion de la loi de 1907, on avait pensé d'exiger que le mari fournît une attestation de l'origine du bien ; mais on a écarté avec raison ce procédé qui eût rétabli, en fait, la nécessité de l'autorisation maritale.

En ce qui concerne la Séparation de Biens, la Loi l'enferme dans d'étroites limites. Elle tient pour collusoire toute séparation qui n'est pas effectuée dans la quinzaine, ceci afin de protéger les créanciers du mari contre une entente frauduleuse des époux. En conséquence, elle permet à ces créanciers de la faire annuler, sans avoir besoin de prouver la fraude. La disposition de l'article 1444 apparaît donc comme une variante de l'action Paulienne, à cela près que la fraude est présumée par la Loi. Il faut donc, pour faire aboutir un recours par voie de tierce opposition, que les demandeurs prouvent que le jugement leur porte préjudice et qu'il y a eu fraude de la part des époux (Civ., 14 mai 1879. D. 1879. 1. 311). Ce n'est là qu'une application de l'article 1167.

La Dissolution de la communauté ouvre encore à la femme divorcée ou séparée de corps un droit d'option (art. 1463). Le silence de la femme pendant trois

mois et quarante jours équivaut à une renonciation tacite. La raison de cette disposition, c'est qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, les biens restent entre les mains du mari. Si la femme veut accepter la communauté, elle ne manquera pas de le faire dans un bref délai. Son silence équivaudra dès lors à la renonciation. Mais pourrait-elle combattre cette présomption, et prouver qu'en réalité elle n'a pas voulu renoncer ? La rédaction de l'article 1463 conduit à se prononcer pour la négative. L'action en partage de communauté n'est donc ouverte à la femme que pendant le délai légal, faute de quoi la disposition de la Loi serait illusoire. Au surplus, il convient d'ajouter qu'une acceptation tacite suffirait à faire tomber la présomption de l'article 1463 (Req., 7 novembre 1911. D. 1912. 1. 236).

Une autre question qui se pose est celle de l'aliénation des Biens propres de la femme. Quand sera-t-on en droit d'affirmer que le prix du propre aliéné a été versé dans la caisse de la communauté ? Suffit-il que ce prix ait été payé ? Faut-il prouver, en outre, qu'il a été versé aux mains du mari, ou que ce dernier a disposé de la créance d'une façon quelconque ? Lorsque celle-ci appartient en propre au mari, c'est la communauté qui est réputée avoir encaissé ; mais le mari devra prouver que le prix de son bien propre a été versé pendant la communauté (Req., 10 novembre 1913. S. 1914. 1. 240), et il devra porter à l'actif de celle-ci la créance pouvant exister contre le débiteur. Il importe donc de faire préciser quand et à qui a été fait le versement. Sinon, le mari pourrait prélever d'abord le prix sur les biens communs, puis le toucher une seconde fois du tiers aux mains duquel il l'aurait laissé. La Cour de cassation a aperçu le danger, dans une hypothèse où le mari ne prouvait pas que le prix de ses droits indi-

vis dans un immeuble aliéné trois mois seulement avant la dissolution de la communauté, lui eût été payé avant cette dissolution. Elle cassa un arrêt de la Cour de Bourges, qui lui avait accordé récompense du prix, en présumant — à tort — que tout prix d'immeuble est réputé payé dès qu'il est exigible (Civ., 13 août 1832. S. 1832. 1. 641). A l'inverse, lorsque l'acte de vente énonce que « le prix a été payé comptant à la vue du notaire », les arrêts trouvent là une preuve suffisante du versement du prix dans la caisse de la communauté (Req., 9 avril 1872. D. 1873. 1. 28).

La situation est bien différente, quand le propre vendu appartenait à la femme. Il suffit à celle-ci de prouver que la vente a eu lieu depuis la célébration du mariage. C'est au mari à lui remettre les titres constatant l'existence de la créance. Mais, si la vente a été consentie par le mari seul, et que la femme se borne à demander récompense du prix, elle a seulement à prouver qu'elle possédait tel bien en propre lors du mariage, ou qu'elle l'a recueilli par succession ou donation. Ce sera au mari d'établir les raisons pour lesquelles il ne restitue pas à sa femme son bien propre (Req., 18 janvier 1897. D. 1897. 1. 127). Cette preuve serait facile à faire, au cas où il prétendrait que la femme a elle-même vendu ce bien, puisque la vente n'a pu avoir lieu sans son autorisation. D'ailleurs, si le mari n'a pu exercer ses pouvoirs d'administrateur, par exemple s'il était absent ou interdit, les juges devraient exiger une preuve plus complète de la femme prétendant à récompense contre la communauté, surtout si elle avait été investie elle-même de l'administration (Req., 28 juillet 1886. D. 1887. 1. 37).

Quelques auteurs, notamment Laurent, ont essayé d'établir que cette pratique est contraire à l'article

1315, en déchargeant la femme demanderesse d'une preuve que lui incombe. Mais une telle affirmation est inconciliable avec l'opinion qui admet, comme unique fondement de la récompense, la preuve que le mari a reçu le prix. On serait amené à contester le principe universellement reconnu que, payer au mari, c'est payer à la communauté. Ici, la question d'apparence fait fléchir les principes généraux de la Preuve.

Le problème se présente sous un jour un peu différent, lorsque la femme est en conflit avec les créanciers de la communauté. C'est un des exemples, très rares, de règles impératives en matière de régimes matrimoniaux (1). La Cour de cassation applique rigoureusement ici l'article 1499, et décide que la femme doit toujours prouver son droit de propriété ou de créance contre la communauté par un inventaire ou acte authentique, qu'il s'agisse du mobilier apporté par elle en se mariant ou de celui qui lui est échu postérieurement, par succession ou donation (Req., 16 janvier 1877. D. 1878. 1. 265 ; Civ., 3 janvier 1910. D. 1910. 1. 113).

Une telle règle est fort rigoureuse, en ce qu'elle impose à la femme une preuve que celle-ci sera bien souvent hors d'état d'administrer. Notamment, quand il s'agit du mobilier qui lui est échu pendant la communauté, la femme supportera les conséquences du défaut d'inventaire, et les titres qu'elle pourra produire ne suffiront pas à faire accueillir sa demande, même si tout soupçon de fraude est écarté. La Cour de cassation décide même que la présomption de l'article 1499 conserve toute sa force, bien que les créanciers n'allèguent aucune fraude et ne contes-

(1) La question des reprises de la femme en cas de faillite du mari sera étudiée plus tard, en traitant du régime de la Faillite (Chap. III).

tent pas le versement de sommes opéré aux mains du mari (Civ., 5 février 1908. D. 1908. 1. 353). De son côté, l'article 1504 permet à la femme, en ce qui concerne le mobilier futur, de faire la preuve de sa valeur par tous moyens, même par commune renommée. On en a conclu que le Code fait une distinction bien nette entre le cas où la femme revendique la propriété de certains meubles, et celui où elle en réclame seulement la valeur.

Si le débat relatif à la preuve des Reprises s'élève entre les époux eux-mêmes, la Loi se montre beaucoup plus large pour l'administration de la preuve destinée à établir la présomption d'acquêts. Nous savons que l'époux qui a apporté son mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme, a le droit d'en prélever la valeur, à condition d'en fournir la preuve (art. 1503). Quant au mobilier échu aux époux pendant le mariage, s'il s'agit du mobilier futur, le mari doit faire la preuve de sa consistance et valeur, soit par un inventaire, soit au moyen d'un titre quelconque — notamment, des registres et papiers domestiques, sur lesquels les tribunaux se réservent un pouvoir d'appréciation (Req., 4 mars 1904. D. 1904. 1. 615). La femme pourra faire la preuve, même par témoins ou commune renommée, car il ne faut pas qu'elle supporte les conséquences du défaut d'inventaire (Nancy, 1^{er} juillet 1911. S. 1912. 2. 55).

S'il s'agit du mobilier présent, le mari pourra faire la preuve par toute espèce de titres, notamment par l'évaluation des meubles apportés par lui (Civ., 20 août 1884. D. 1885. 1. 312). Quant à la femme, elle devra la preuve par titres des corps certains, car c'est à elle qu'il incombe de se réserver, au moment du mariage, une preuve écrite de la consistance et valeur de ses meubles. S'agit-il d'une

somme d'argent ? celle-ci tombant dans la communauté, la seule preuve que la femme ait à fournir est celle de la réception des deniers par le mari — preuve qui se fera par la quittance ou par le contrat en tenant lieu (Civ., 2 mars 1914. *Gaz. Pal.*, 7 mai 1914). Lorsque la dot a été constituée par un tiers, à raison de l'impossibilité pour la femme de se procurer une preuve écrite de la libération du donateur, elle sera admise à prouver la réception des deniers par témoins et présomptions (Civ., 8 juillet 1912. D. 1913. 1. 409). Elle est tenue de même de faire la preuve de ses biens réservés, et ceci par tous moyens, sauf par commune renommée.

En ce qui concerne le Bénéfice d'émolument, l'article 1483 dispose que la femme doit justifier aux créanciers de tout ce qu'elle reçoit dans la communauté. Or, il faut pour cela qu'elle produise non seulement l'acte de partage, mais l'inventaire ; car il se peut que certains meubles indiqués dans l'inventaire n'aient pas été compris dans le partage. Les créanciers ont le droit de la poursuivre jusqu'à concurrence des effets mis dans son lot. Par conséquent, la femme qui peut opposer le bénéfice d'émolument doit prouver que l'actif recueilli par elle a déjà été absorbé en totalité par les créanciers. Elle fera cette preuve en dressant un compte de l'actif qu'elle a touché et du passif qu'elle a payé.

En cas de Séparation de Biens, la question de preuve se pose souvent au point de vue du défaut de remploi. Le mari peut pousser la femme à aliéner ses biens, et, une fois l'aliénation consommée, s'approprier les deniers versés par l'acheteur. Sans doute, il devra, à la dissolution du mariage, restituer les sommes dont il aura profité ; mais il faudra que la femme ou ses héritiers prouvent que le prix a été touché par lui, preuve difficile à fournir.

L'article 1450 proclame le mari garant de plein droit, lorsqu'il a été présent à la vente et y a donné son consentement ; mais sa responsabilité est limitée au fait même du remploi : elle ne s'étend pas à son utilité. Ainsi, la Loi présume que le mari a profité du prix : la femme ou ses héritiers n'ont rien à prouver. De plus, le mari, investi d'un devoir de protection envers la femme, ne peut se décharger de l'obligation de garantie qui lui est imposée, en prouvant qu'il n'a pas profité du prix ; car la Loi établit contre lui une présomption qui n'autorise pas la preuve contraire. D'ailleurs, la jurisprudence ne se prononce contre le mari que si la vente a été faite en sa présence et de son consentement, pour ce motif que toute présomption légale doit être interprétée restrictivement.

Si, du régime de Communauté, nous passons au régime Dotal, nous constatons que la règle de l'insaisissabilité des biens dotaux s'applique même à l'encontre des créanciers postérieurs à la séparation de biens, qu'il s'agisse des meubles ou des immeubles. Cependant, si les revenus de ces biens excèdent les besoins de la famille, les créanciers ont le droit de saisir cet excédent, à condition de faire la preuve que la partie qu'ils prétendent saisir n'est pas nécessaire aux besoins du ménage (Req., 29 juillet 1862. D. 1863. 1. 366).

Quant à la preuve que doit fournir la femme demanderesse en restitution de sa dot, elle doit porter sur deux points : d'abord, sur le versement des biens dotaux entre les mains du mari, ensuite sur leur consistance.

En ce qui concerne la preuve de la réception, il importe de distinguer entre les biens apportés par la femme au moment du mariage, et ceux qui lui ont été constitués en dot par un tiers ou transmis par

succession. Pour les premiers, la femme devra, en principe, produire une quittance qui résultera, le plus souvent, d'une clause du contrat constatant la remise des valeurs au mari. Cette clause a pour effet de décharger la demanderesse de toute preuve et d'imposer au mari, qui soutient que la dot ne lui a pas été remise, la charge d'établir son allégation. Quant aux biens provenant d'un tiers ou advenus par succession, la femme aurait le droit, à défaut de la clause précitée, de faire la preuve de la réception par témoins et présomptions ; car ce n'est pas à elle que la quittance a été remise et elle sera presque toujours dans l'impossibilité de rapporter une preuve écrite (Civ., 8 juillet 1912. D. 1913. 1. 409).

L'article 1569 simplifie encore la preuve de la réception de la dot, en établissant une présomption légale contre le mari qui a laissé s'écouler dix ans sans en réclamer le versement, « à moins qu'il ne justifie de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le paiement ». Nos anciens auteurs expliquaient cette disposition en disant qu'elle avait pour but de punir le mari de sa négligence. Elle n'est autre qu'une présomption de paiement, corroborée par une présomption de faute. En conséquence, il ne suffit pas que le mari prouve qu'en fait la dot ne lui a pas été versée : il lui faudra établir en outre qu'il a fait les diligences nécessaires, c'est-à-dire renverser la présomption de faute. À défaut de cette dernière preuve, il sera traité comme s'il avait touché la dot, et devra en restituer le montant à la femme, sauf un recours hypothétique contre le constituant.

Toutefois, au cas où la dot est constituée par la femme elle-même, il semble difficile de lui accorder le droit de se prévaloir d'une prétendue négligence de son mari : elle ne pourrait se dispenser de prou-

ver un paiement qu'elle prétend avoir fait (Aix, 22 décembre 1898. D. 1899. 2. 333). Tel n'est pas cependant l'avis de la plupart des décisions rendues à ce sujet (Caen, 23 octobre 1907. S. 1909. 2. 286). C'est donc au mari à prouver qu'il n'a pas reçu de sa femme le paiement de la dot. En tout cas, il paraît certain que, dans cette hypothèse, il n'aura qu'à prouver le fait du non-paiement, et non plus celui des diligences inutilement faites par lui.

Quant à la deuxième preuve — celle de la consistance de la dot — les règles rigoureuses édictées par la Loi contre la femme commune, quand elle est en présence de créanciers de la communauté (nécessité d'un inventaire ou d'un acte authentique) s'expliquent par l'existence d'une masse indivise, et la présomption que tous les biens font partie de cette masse. Si on les appliquait au régime dotal, la femme qui échouerait dans sa demande serait privée de toute sa dot. Par suite, elle pourra administrer les preuves de sa consistance d'après les règles du Droit commun. Si la dot a été constituée par un tiers, ou si elle est échue par succession, la femme n'aura qu'à prouver l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, afin de pouvoir recourir au témoignage et même à la simple présomption (Civ., 22 mars 1882. D. 1882. 1. 337).

SECTION HUITIÈME

LE RÉGIME SUCCESSORAL

La première question qui se pose est celle de l'ouverture de la Succession. On sait quelle importance présente ici la détermination de la date, en cas de décès simultané du *de cujus* et de son héritier. Le Code civil ne consacre pas moins de trois articles

(720 à 722) à ce problème; en édictant un système compliqué de présomptions légales, pour le cas où il n'existe aucune circonstance de fait permettant de déterminer la date respective des décès. Un pareil système paraît à première vue peu utile. L'application du Droit commun en matière de Preuve eût conduit à des solutions fort raisonnables. Si aucun des héritiers des deux décédés ne pouvait apporter la preuve de la survie de leur auteur — fait auquel leur droit est subordonné — il en résulterait qu'aucun des deux comourants n'aurait succédé à l'autre ; et, par suite, leurs héritages seraient dévolus séparément et respectivement aux héritiers du degré subséquent. Tel est le système des Codes hollandais, autrichien, suédois, et de la jurisprudence des Etats-Unis.

C'est le Droit romain qui a cru devoir introduire ici diverses présomptions légales, en décidant que si un enfant et son auteur trouvaient la mort dans la même circonstance, l'enfant serait réputé mort le premier s'il était impubère, et le dernier dans le cas contraire (9 D. *De reb. dubiis*, XXXIV 5). Nos anciens auteurs reproduisirent peu à peu cette solution, qui fut consacrée par la loi du 20 prairial an IV. Le Code a compliqué ce système relativement simple, en édictant un ensemble de présomptions assez raisonnables en elles-mêmes, mais qu'il a eu le tort de soustraire à l'appréciation du juge, même dans le cas où des circonstances de fait permettent de déterminer l'ordre présumable des décès. La jurisprudence interprète donc restrictivement les présomptions de survie des articles 720 à 722, et cela malgré la vraisemblance contraire (par exemple, en cas d'assassinat commun (Req., 6 novembre 1895. D. 1896. 1. 285).

Pour succéder, il faut être capable. Or, l'article

725 mentionne comme une condition essentielle de la capacité l'existence physique du successible. Conformément à la maxime *Infans conceptus...*, l'enfant simplement conçu est considéré comme existant. La preuve se fera tout naturellement, semble-t-il, par les présomptions des articles 312 à 315. Il y a des arrêts en ce sens (Poitiers, 24 juillet 1865. D. 1865. 2. 129). Mais on conteste ce procédé, qui aboutirait à étendre le domaine des présomptions légales hors de sa sphère d'application. La date de la conception s'établira donc par les preuves du Droit commun.

Mais il ne suffit pas que le successeur soit vivant lors du décès pour qu'il hérite : il faut encore qu'il soit né viable. Cette règle s'est introduite dans notre ancien Droit, sur la foi de textes romains, d'ailleurs faussement interprétés. Reste à savoir comment on déterminera si l'enfant mort-né était viable ou non. Les travaux préparatoires du Code déclarent que c'est là une question de fait, que les tribunaux trancheront souverainement — ceci, malgré l'opinion de quelques arrêts anciens qui appliquaient la présomption de l'article 314 quant à la durée minima de la conception.

A qui incombe la charge de la Preuve ? Selon la règle générale de l'article 1315, ce serait à celui qui réclame une succession du chef d'un héritier décédé, de prouver que son auteur était né viable. Cependant, la jurisprudence n'hésite pas à présumer la viabilité de l'enfant, une fois son existence démontrée. Ce qui est normal, habituel, apparent, c'est qu'un enfant naisse muni des organes nécessaires à la vie. Il est rationnel de le présumer, du moins jusqu'à preuve du contraire. La preuve incombe donc à ceux qui contestent la viabilité, et non aux héritiers de l'enfant (Marseille, 1^{er} avril 1886. *Recueil d'Alx*, 1886. p. 120).

La situation du successeur irrégulier envoyé en possession, au cas de réclamation d'un héritier, permet une comparaison intéressante avec la théorie de l'Absence. On a soutenu que, par analogie avec l'article 127, le successeur irrégulier serait tenu de mettre en réserve pendant trente ans une quotité de fruits qui diminuerait à mesure que les chances d'apparition d'un héritier s'affaiblissent. En réalité, sa situation est très différente de celle de l'envoyé en possession provisoire. Celui-ci doit toujours s'attendre à voir reparaître l'absent. Au contraire, le successeur irrégulier a été envoyé en possession parce que le tribunal a cru avoir la certitude qu'il n'existait pas d'héritier. C'est une présomption contraire qui doit s'appliquer : celle de la non-existence d'un ayant droit plus proche. Il serait donc préférable de distinguer suivant que le successeur irrégulier a été de bonne ou de mauvaise foi. Si l'héritier peut démontrer qu'il connaissait son existence au moment où il demandait l'envoi en possession, le successeur devra restituer les fruits ou leur valeur. Au contraire, il ne sera tenu à aucune restitution, s'il était de bonne foi en percevant les fruits, c'est-à-dire s'il ignorait l'existence de l'héritier : ce qu'on doit présumer jusqu'à preuve du contraire.

Quant aux détériorations que les biens héréditaires auraient pu subir, on admet que le successeur irrégulier en sera tenu pendant le délai de trois ans édicté par l'article 771, et devra le prix des objets qu'il aurait aliénés pendant ce temps. Passé le délai, il ne sera plus obligé, sauf dans le cas où l'héritier pourrait démontrer sa mauvaise foi ; car il est à présumer qu'au bout de trois ans le successeur de bonne foi est en droit de se considérer comme maître de la succession.

En matière de Partage, on sait que les fraudes

qu'un héritier peut commettre au détriment de ses créanciers ne confèrent pas à ceux-ci le bénéfice de l'action Paulienne. En vain offriraient-ils de démontrer le préjudice par eux subi, la fraude du débiteur et la complicité du tiers acquéreur. Mais l'article 882 leur accorde une compensation en leur permettant d'attaquer le partage consommé, lorsqu'il y a été procédé sans eux « et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ». La Loi les dispense donc de prouver que l'opération a été frauduleuse. Elle est présumée telle de plein droit, en vertu d'une présomption qui, servant de base à une action en nullité, ne comporte pas la preuve contraire. Il est à penser, en effet, qu'un partage ainsi effectué hors de la présence des créanciers a été fait en fraude de leurs intérêts.

On sait que l'obligation du Rapport s'étend à toute espèce de Donations, directes ou même indirectes. La validité de ces dernières n'est pas discutée, lorsqu'elles s'adressent à l'un des successibles. Ce qui peut faire doute, c'est le point de savoir si l'avantage résultant de telle ou telle opération (renonciation, remise de dette) peut être considéré comme une donation indirecte et dans quelle mesure. Notamment, la renonciation à un droit en faveur d'un successible — qu'il s'agisse d'un legs, d'un droit de succession ou de communauté : par exemple, la renonciation d'un père, au profit de ses enfants, à l'exercice de ses reprises dans la communauté — constitue une donation indirecte, et le bénéficiaire doit rapporter à la succession l'émolument qu'il en a retiré. Il en est ainsi, du moins, lorsque la renonciation s'inspire d'une intention libérale, laquelle doit être présumée jusqu'à preuve du contraire (Civ., 15 mai 1866. D. 1866. 1. 249) et dont l'existence est appréciée en fait par les juges du fond. Le mobile

auquel a obéi le renonçant peut, en effet, s'induire des circonstances : la renonciation à une succession notoirement bonne ne peut s'expliquer que par la pensée de gratifier le successeur ; au contraire, la renonciation à une succession douteuse est présumée être un acte intéressé de la part du renonçant (Civ., 29 janvier 1877. D. 1877. 1. 105).

En ce qui concerne le rapport des Dettes, on a prétendu que la preuve de l'avance faite par le défunt au cohéritier débiteur, ainsi que celle de sa libération, pourrait se faire par tous les moyens possibles, notamment par la production des registres et papiers du défunt (Bruxelles, 28 février 1891. D. 1891. 2. 362). En réalité, comme il faut toujours que les cohéritiers, pour établir leur droit à l'encontre du prétendu débiteur, établissent l'existence de la dette, il n'y a aucun motif pour soustraire la preuve qui leur incombe aux règles du Droit commun.

Une autre solution qui a été soutenue devant les tribunaux consiste à admettre que le cohéritier débiteur ne saurait opposer à la demande de rapport une exception tirée de la prescription de la dette. La raison, c'est que la prescription libératoire reposerait sur une présomption de remise volontaire de la dette par le créancier. En réalité, la présomption de remise n'est que l'une des raisons législatives qui justifient la prescription. La dette, étant prescrite, ne doit plus être rapportée, et le cohéritier défendeur est parfaitement admis à invoquer l'exception (Grenoble, 14 août 1845. D. 1846. 2. 135).

Quant à la Rescision du partage, nous savons quelle répugnance la Loi éprouve à admettre qu'une opération si laborieuse puisse être anéantie, faisant renaître entre les cohéritiers le régime amorphe et inorganique de l'indivision. Aussi l'article 887 se montre-t-il restrictif, en ne permettant la rescision

que « pour cause de violence ou de dol », ou « lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une lésion de plus du quart ». Encore l'action devra-t-elle être écartée, si le défendeur peut démontrer que l'héritier soi-disant lésé a renoncé à son action en confirmant le partage.

Cette confirmation peut être expresse ou tacite ; mais y a-t-il lieu d'appliquer ici la règle de l'article 892 pour les actions en nullité fondées sur le dol et la violence — à savoir, que l'aliénation de son lot par le cohéritier lésé emporte toujours abdication de son action ? La jurisprudence résout le problème en considération des apparences. Lorsqu'il y a eu lésion, le cohéritier n'a sans doute consenti à recevoir un lot inférieur à sa part légitime que pressé par les besoins d'argent. L'aliénation qu'il a faite a été vraisemblablement occasionnée par le même besoin, et l'on ne saurait y voir une confirmation de la lésion qu'il a subie. Au contraire, l'aliénation produira son effet, et vaudra confirmation tacite du partage, si le défendeur peut démontrer qu'en l'accomplissant le demandeur avait, à la fois, la connaissance du vice affectant le partage et l'intention de réparer ce vice. L'exclusion de l'article 892 se réduit donc à écarter la présomption légale qui, lors d'une action en nullité pour dol, violence ou incapacité, fait supposer à priori chez l'aliénateur l'intention de confirmer le partage, et dispense son adversaire de démontrer cette intention (Req., 6 juin 1894. D. 1894. 1. 524).

En ce qui concerne l'Acceptation bénéficiaire, une jurisprudence audacieuse a apporté à la Loi un tempérament remarquable. Il a été plusieurs fois jugé que, si l'héritier bénéficiaire compromet par son impéritie manifeste les intérêts des créanciers et légataires, ceux-ci pourront demander que l'adminis-

tration de la succession soit confiée à un curateur. Les Cours d'appel paraissent même renchérir sur l'arrêt ancien de la Cour de cassation (Req., 5 août 1846. D. 1846. 4. 467), qui a fait jurisprudence en la matière. Elles n'exigent plus, pour justifier la nomination du curateur, que l'héritier bénéficiaire ait fait montre de son incapacité : il suffit que les créanciers justifient de l'intérêt qu'ils auraient à la nomination d'un curateur (Paris, 9 février 1892. D. 1892. 2. 229).

SECTION NEUVIEME

LES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT

Pour qu'une Disposition à titre gratuit soit valable, il faut, comme pour tous les actes juridiques, que le disposant soit capable de comprendre la portée de son geste, et que sa décision ne soit entachée d'aucun vice,

Il semblerait que la Loi dût se montrer d'autant plus sévère dans l'exigence de ces conditions, qu'il s'agit d'actes dont l'effet est de dépouiller irrévocablement et sans contre-partie leur auteur. On sait que l'article 504 interdit d'attaquer, pour cause de démence, les actes d'un défunt, à moins que son interdiction n'ait été prononcée de son vivant, ou que la preuve de la démence ne résulte de l'acte lui-même. La raison de cette prohibition, c'est que les héritiers sont soupçonnés de faire tomber par cet artifice un acte qu'ils estiment contraire à leurs intérêts ; que, d'autre part, après le décès de leur auteur, il serait presque impossible de faire la preuve de son état mental. Ces raisons, la première surtout, sembleraient avoir plus de force dans les actes à titre gratuit ; car c'est surtout contre les donations et les

legs que s'élèveront le ressentiment et la cupidité des héritiers. Pourtant, le Code permet d'attaquer pour cause de démence la donation ou le testament, quand bien même l'acte incriminé ne dénoterait pas par lui-même l'aliénation mentale, et quoique l'interdiction n'ait pas été provoquée du vivant du testateur (art. 901) : Il faut voir dans ce texte une manifestation de la défaveur avec laquelle la Loi envisage les actes de disposition à titre gratuit, et les obstacles qu'elle a semés comme à plaisir sous les pas du disposant.

En quoi consiste donc la preuve à fournir par les ayants cause du défunt ? Ils doivent prouver qu'au moment où l'acte a été rédigé, son auteur était sous l'empire de la démence, c'est-à-dire incapable de comprendre l'importance de l'acte qu'il accomplissait. (Req. 28 janv. 1901. D. 1901. 1. 504). Cependant, la jurisprudence décide que, si les intéressés démontrent que le défunt était dans un état habituel d'insanité pendant les années qui ont précédé et suivi la libéralité, c'est alors au gratifié qu'il incombe de prouver que le disposant se trouvait dans un intervalle lucide au moment où il a donné ou testé. (Req. 1^{er} mars 1904. D. 1905. 1. 47). Les tribunaux édifient ainsi de toutes pièces une présomption d'insanité.

Quoi qu'il en soit, la preuve de la démence pourra être administrée par tous moyens, puisqu'il s'agit d'établir un fait matériel. Par exemple, si le notaire rédacteur de l'acte y avait déclaré, comme il est fréquent, que le disposant était sain d'esprit, les intéressés auraient néanmoins le droit de faire la preuve de la démence sans recourir à l'inscription de faux, car une telle énonciation n'exprime que l'opinion de l'officier ministériel sur un fait qu'il n'a pas mission de constater. (Req., 21 février 1898. D. 1898. 1.

160). Il en serait autrement, si le demandeur attaquait la sincérité du notaire, en soutenant par exemple que le testateur était incapable de coordonner ses idées et de dicter son testament, contrairement à l'affirmation portée dans l'acte (Req. 1^{er} décembre 1851. D. 1851. 1. 327).

Outre l'état d'insanité du disposant, le vice qui affecte le plus fréquemment, en pratique, les Actes à titre gratuit, est l'existence d'une Cause illicite ou immorale. En ce qui concerne les actes à titre onéreux, la jurisprudence a toujours admis qu'une démonstration de ce genre peut se faire par tous les modes de preuve autorisés par la Loi. La même solution paraît devoir s'appliquer aux dispositions entre vifs. Le demandeur en nullité pourrait ainsi faire la preuve du mobile auquel a obéi le disposant, non seulement à l'aide des énonciations contenues dans l'acte attaqué, mais au moyen d'éléments extrinsèques : témoignages ou simples présomptions. Pourtant la jurisprudence a refusé longtemps d'admettre cette assimilation. Dans une longue série d'arrêts, la Cour de cassation a affirmé que les articles 1131 et 1133 ne s'appliquaient aux libéralités, que si l'existence de la cause immorale ou illicite résultait de l'acte lui-même, de telle façon qu'aucun doute ne pût s'élever sur la relation existant entre la cause et la libéralité. Le demandeur ne pouvait donc invoquer aucun document étranger, ni aucun fait extérieur à l'acte lui-même. (Req. 29 juin 1887. D. 1888. 1. 295).

Ainsi, la cause à envisager comme élément déterminant de la libéralité était le motif énoncé par le disposant. A défaut de cette énonciation, elle se perdait dans l'ensemble des raisons qui peuvent pousser un homme à agir, et dont le juge doit s'interdire l'analyse. Mais la Cour de cassation, revenant sur

sa jurisprudence antérieure, a décidé récemment qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes à titre onéreux et ceux à titre gratuit, et que les tribunaux peuvent recourir à tous les modes de preuve autorisés par la loi, afin d'en rechercher la cause (Civ., 2 janvier 1907. D. 1907. 1. 137).

Quant à la Condition impossible, illicite ou immorale, la Cour suprême décide, depuis 1863, qu'une telle condition entraîne la nullité de la donation ou du legs qui la pose, s'il est établi qu'elle en a été « la cause impulsive et déterminante ». Un pareil système, malgré les apparences, n'est point tout à fait celui des auteurs, qui donnent pour base à l'article 900 une présomption de volonté. Pour eux, la libéralité affectée de la condition incriminée est nulle, toutes les fois que le disposant a formellement déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition. Pour la jurisprudence, il faut encore qu'il soit prouvé que la condition a bien été la cause impulsive et déterminante — question de fait que les juges apprécieront souverainement (Civ., 17 juillet 1883. D. 1884. 1. 156) (1).

On sait que, parmi les Prohibitions de recevoir

(1) Mais il se peut que la Loi déclare illicite une condition ou charge que le donataire avait exécutée jusque-là. L'hypothèse classique est le cas de libéralités faites aux communes, à charge d'ouvrir une école congréganiste. Les communes ont dû, à la suite de la loi du 30 octobre 1886, laïciser leurs écoles. La jurisprudence, après des hésitations, a décidé que le disposant ou ses héritiers avaient le droit de demander la révocation pour inexécution de la charge, lorsqu'il était prouvé que cette charge avait été la cause impulsive et déterminante de la volonté du disposant. (Civ. 19 octobre 1896 ; D., 1898, 1.604). Une telle exigence paraît, d'ailleurs, superflue, puisque, en vertu des articles 953 et 954, le donateur a le droit d'agir en révocation pour inexécution des charges, sans qu'il y ait à rechercher si la charge a été ou non la cause de la libéralité.

à titre gratuit édictées par notre Code, l'une d'elles vise les médecins, pharmaciens et ministres du culte « qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt » (art. 909). Cette prohibition a son origine dans notre ancienne jurisprudence. La Loi, selon les termes de Bigot-Préameneu, regarde les personnes ci-dessus énoncées « comme ayant trop d'empire sur l'esprit de celui qui dispose ». La présomption d'abus de confiance est absolue ; elle ne permet pas à l'intéressé de faire la preuve que la libéralité qui lui a été adressée est l'œuvre de la volonté libre et réfléchie du malade, qu'elle s'explique par des liens de parenté ou d'affection. La Loi annule la libéralité, sans admettre de preuve contraire à la présomption sur laquelle repose l'annulation (Req., 29 juillet 1891. D. 1892. 1. 260).

En présence de cette sévérité, la pratique a imaginé divers procédés pour échapper aux incapacités et prohibitions légales en matière de Libéralités. C'est une véritable lutte entre les individus et la Loi — lutte d'ingéniosité, féconde en artifices et en ruses, dont la sanction est une large ouverture de la preuve aux intéressés, et même la présomption légale.

Un moyen souvent employé est l'acte simulé. S'agit-il d'une donation entre vifs ? le donateur la dissimulera sous la forme d'un acte de vente, dans lequel il déclarera faussement que le prétendu acheteur lui a versé le prix. Mais l'expédient le plus usité est l'Interposition de personne, qui consiste pour le donateur (ou testateur) à désigner comme gratifié une tierce personne, en lui demandant de remettre la libéralité à l'incapable qu'il veut avantager. Il n'est même pas besoin d'un accord par lequel le donataire ou légataire apparent ait promis la restitution. Il suffit, pour que la libéralité

tombe sous le coup de la Loi, que le disposant ait eu l'intime conviction que la personne désignée par lui remettrait les biens à l'incapable qu'il avait en vue. En notre matière, la seule chose qui compte, ce n'est plus l'apparence, c'est l'intention du disposant qui veut faire une libéralité défendue par la Loi. La théorie de l'autonomie de la volonté a parfois de ces retours offensifs.

La jurisprudence va plus loin encore. Elle décide que, même si le tiers désigné est de bonne foi et croit être le véritable destinataire de la libéralité, les intéressés pourront néanmoins faire la preuve que le disposant l'a considéré comme une personne interposée, et qu'il avait l'intention évidente de gratifier un incapable — ce qui entraînera la chute de la libéralité (Req., 20 juin 1888. D. 1889. 1. 25). La preuve de l'interposition pourra se faire par tous moyens, puisqu'il s'agit de prouver une fraude à la Loi. Une des circonstances les plus probantes qui puisse être fournie par les demandeurs, sera la remise des biens à l'incapable par le légataire apparent.

Mais, en dehors du cas où l'interposition pourra être prouvée directement, par son exécution même, la tâche du juge est facilitée par certaines présomptions énoncées dans l'article 911. Elles sont absolues et n'admettent pas la preuve contraire. Il en résulte que ceux à qui elles s'appliquent sont frappés eux-mêmes d'une véritable prohibition de recevoir — du moins, en tant que la libéralité qui leur est faite est censée adressée à l'individu pour le compte de qui on les présume interposés. Dès lors, cette prohibition cesse de s'appliquer lorsque ce dernier est décédé à l'époque de la donation ou du testament. Si la personne objet de la prohibition vivait encore à ce moment, mais est morte depuis, avant le tes-

tateur, il importe de distinguer. Le legs fait par le père ou la mère aux enfants ou au conjoint de l'enfant naturel sera valable ; car, en ne révoquant pas le legs après le décès de ce dernier, le testateur a montré qu'il voulait bien avantager le gratifié. Il faudrait, au contraire, maintenir la nullité de la disposition en ce qui concerne les personnes frappées d'incapacité, par crainte d'un abus d'influence.

Quant aux personnes visées par la présomption légale, leur désignation est inspirée par la plus évidente des vraisemblances. Ce sont d'abord les père et mère, aussi bien naturels que légitimes. Les autres ascendants peuvent donc être valablement gratifiés, à moins que les héritiers ne prouvent qu'ils ont été, en fait, personnes interposées. Ce sont ensuite les enfants et descendants, enfin le conjoint de l'incapable. La Cour de cassation n'a pas étendu la présomption à la donation faite au futur conjoint, par contrat de mariage — ceci parce que toute présomption est de droit étroit, et peut-être par faveur pour le foyer qui se fonde (Req., 24 janvier 1881. S. 1881. 1. 404) (1).

Spécialement, en ce qui concerne les Donations, le donateur pourra avoir intérêt à faire preuve de la simulation, afin d'obtenir la révocation de sa libéralité, soit à la suite d'une survenance d'enfant,

(1) Une autre présomption d'interposition de personne, spéciale aux Congrégations, a été établie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Il résulte de ce texte que les dons et legs faits à l'un des membres de la congrégation sont présumés faits à celle-ci, à moins que le gratifié ne soit l'héritier en ligne directe du disposant. L'article 17 lui permet, d'ailleurs, de renverser la présomption, en prouvant que la libéralité, dans l'intention du disposant, s'adresse à lui personnellement et non pas à la congrégation dont il fait partie. C'est là une dérogation importante au principe général posé par l'article 1352, puisque la présomption qui sert de base à l'annulation est simplement relative.

soit pour cause d'ingratitude du donataire ou d'inexécution des charges. Il le fera encore, s'il est un ascendant appelé à exercer le droit de retour dans la succession du donataire. En ce qui concerne les modes de preuve qu'il peut employer, le donateur est soumis au Droit commun. Il n'en serait autrement que s'il demandait à prouver que la simulation a eu pour but de réaliser une fraude à la Loi.

Quant aux intéressés autres que le donateur, comme les héritiers de celui-ci, désireux d'exercer l'action en réduction ou de demander le rapport de la libéralité — ou encore l'administration de l'Enregistrement, cherchant à percevoir les droits de mutation, ils seront autorisés à faire la preuve du déguisement par tous moyens : témoins, registres et papiers du donateur, enfin simples présomptions. En effet, ces tiers n'ont pu se procurer une preuve écrite de la simulation qu'ils invoquent, et ils ont le droit de recourir à la preuve libre (Req., 20 juillet 1868. S. 1868. 1. 362). Lorsque la preuve de la simulation aura été administrée, la donation sera soumise à toutes les règles des libéralités — notamment à la réduction et au rapport — à moins que le gratifié ne prouve que le donateur a voulu le dispenser du rapport (1).

En ce qui concerne les donations entre époux, quelques arrêts ont décidé que la prohibition prononcée par l'article 1099 s'explique par ce fait que le déguisement ou l'interposition pourrait empêcher l'époux donateur de révoquer la donation, ou, du moins, lui rendre la révocation plus difficile en la subordonnant à la preuve de la simulation, qu'il

(1) Nous avons eu déjà l'occasion de traiter de la preuve du don manuel (v. Section 2). Il est donc inutile d'y revenir ici.

lui sera souvent très difficile de fournir. C'est pourquoi ces arrêts décident que le déguisement ou l'interposition de personne, employé dans une donation entre époux, a toujours pour conséquence d'annuler la libéralité, et cela quand bien même elle ne dépasse pas la quotité disponible et qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve (Rennes, 9 février 1904. D. 1905. 2. 273). Mais cette opinion semble repoussée par la Cour de cassation, puisqu'elle décide que la nullité de la donation déguisée entre époux ne peut être demandée que par les réservataires (Civ., 22 juillet 1884. D. 1885. 1. 164).

Le législateur, préoccupé de rechercher la simulation partout où elle peut se glisser, et d'assurer l'égalité entre les enfants contre toutes les fraudes possibles des testateurs, n'hésite pas à traiter comme des donations, soumises par suite à la réduction, les Ventes à fond. perdu sous réserve d'usufruit, faites par le défunt à l'un de ses réservataires (article 918).

Cette présomption, l'acquéreur ne peut la renverser en prouvant la sincérité du caractère onéreux de son acquisition. C'est le Droit commun de l'article 1532. Tel est bien le cas ici, puisque la Loi annule la vente en la transformant en donation, malgré la volonté des parties qui avaient entendu imprimer le caractère de vente à l'opération par elles consentie (Civ., 26 juillet 1899. D. 1902. 1. 433). La rigueur de la présomption se trouve, il est vrai, compensée dans une certaine mesure. Si le réservataire acquéreur est présumé donataire, il est dispensé du rapport à succession. La donation est réputée faite par préciput, ce qui est conforme à l'intention du disposant, puisqu'il a pris soin de dissimuler la libéralité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. En somme, la présomption de l'art. 918

est bien moins dictée par une rigueur excessive, que par une exacte observation des faits. Il est certain que, très souvent, les aliénations à fonds perdu entre parents et enfants sont des libéralités déguisées. On pourrait seulement souhaiter que la Loi permît à l'acquéreur de rejeter la présomption, en faisant la preuve de son inexactitude. Dans toutes ces matières, la Loi et la jurisprudence font encore appel à l'autonomie de la volonté et à la recherche d'intention ; mais cette théorie n'est, en somme, qu'une arme de guerre, un moyen de faire tomber les donations suspectes ou déguisées.

Toujours dans le même ordre d'idées, on sait que la manifestation de la volonté qui constitue le Testament doit être effectuée dans les formes déterminées par la Loi, afin de donner à la volonté du testateur toute la certitude possible. Le testament verbal, analogue à la *nuncupatio* romaine, serait nul d'une nullité absolue. Peu importerait qu'un prétendu légataire offrît de démontrer que le défunt avait eu, ou même manifesté l'intention de le gratifier ; mais que la promptitude de sa mort l'a empêché d'appeler un notaire ou même d'écrire, et l'a contraint de s'expliquer verbalement. Une telle démonstration ne saurait en aucun cas être accueillie, quand bien même elle invoquerait un commencement de preuve par écrit, l'aveu ou le serment de l'héritier. D'une manière générale, si le demandeur invoque un fait antérieur au décès du *de cujus*, qui l'aurait empêché d'exprimer sa volonté, cette volonté, même certaine, ne saurait suppléer la présentation d'un acte en forme. (*Contra* : Bruxelles, 28 juillet 1817).

Cependant, certains arrêts ont admis une action en dommages-intérêts contre une personne, sous prétexte que, par son influence sur le défunt, elle

l'a empêché de tester en faveur du demandeur (Toulouse, 16 mai 1865. D. 1865. 2. 202). La difficulté, dans une action de ce genre, est d'établir la consistance du préjudice ; car, en admettant que le défunt eût testé en faveur du demandeur s'il n'en avait été empêché, rien ne démontre qu'il eût persévéré dans son intention libérale. De même, s'il est établi que le testament a été détruit par un tiers, du vivant du testateur et à sa connaissance, le seul recours du prétendu légataire sera une action en dommages-intérêts contre l'auteur du fait invoqué (Req., 12 juin 1882. D. 1882. 1. 299). A l'inverse, si la destruction est postérieure au décès du testateur, la jurisprudence admet l'intéressé à établir par tous moyens — fût-ce par présomptions, pourvu qu'elles soient décisives — l'existence du testament qu'il prétend avoir été fait en sa faveur (Req., 8 décembre 1902. D. 1903. 1. 93). En effet, c'est un principe que la Preuve est toujours libre, lorsque, par suite de la force majeure, l'intéressé se trouve dépouillé du titre sur lequel il s'appuyait (art. 1348 — 4°). Ici, le demandeur ne prétend point démontrer directement la volonté libérale du défunt ; mais il veut établir que cette volonté s'était manifestée en sa faveur dans la rédaction d'un testament. C'est un cas de décomposition de la Preuve.

La démonstration sera, d'ailleurs, difficile et complexe. Il ne suffira pas que le demandeur prouve le fait accidentel de la destruction ou de la perte du document : il devra encore démontrer son existence et sa teneur, enfin sa régularité, tant au point de vue de la capacité du testateur — ce qui résultera de la date de l'acte — qu'à celui de l'observation des formes prescrites par la Loi. Certains arrêts décident toutefois que la preuve de la régularité n'a pas besoin d'être administrée, et qu'on doit la pré-

sumer lorsque le demandeur a démontré que le testament a été détruit, non par l'effet de la force majeure, mais par le fait d'un tiers : de l'héritier, par exemple. Malgré tout, la plupart estiment que la preuve de la régularité est nécessaire dans tous les cas, l'acte n'ayant aucune valeur légale — à supposer son existence démontrée — tant que sa conformité aux règles du Code n'est pas établie.

Lorsque le testament a été détruit matériellement par son auteur — ou, ce qui revient au même, lorsque la destruction porte sur un élément essentiel, tel que la signature du défunt, on est d'accord pour décider que le legs ne peut recevoir exécution (Nîmes, 8 janvier 1895. D. 1895. 2. 357). Certains auteurs ont prétendu qu'il y avait là révocation présumée, mais la Cour de cassation voit ici purement et simplement un effet de l'inexistence du testament (Req., 23 janvier 1888. D. 1888. 1. 149). Il n'y a pas lieu de rechercher, contrairement à l'opinion de quelques arrêts, si la destruction a été volontaire de la part du testateur. Ces décisions s'expliquent souvent par ce fait que la destruction de l'acte est présumée postérieure au décès de son auteur. Dans ce cas, le légataire, sous les conditions de preuve délicates dont nous avons parlé, peut en effet être admis à exercer les droits qu'il tenait du testament détruit (Besançon, 9 mars 1881. D. 1881. 2. 185).

Il nous reste, en dernière analyse, à déterminer la force probante du testament olographe : d'abord quant à la yéracité de l'écriture et de la signature du testateur, ensuite quant à sa date. La jurisprudence a apporté sur ces deux points de notables dérogations aux principes du Droit commun.

Tout d'abord, le testament olographe étant, par définition, un acte sous seing-privé, il en résulte que les héritiers auxquels on l'oppose sont toujours

en droit de méconnaître l'écriture et la signature de leur auteur et de recourir à la procédure en vérification. Il en serait ainsi même dans le cas où le testament aurait été déposé entre les mains d'un notaire, quand bien même l'acte de dépôt contiendrait la déclaration du testateur que le document est écrit et signé par lui.

Un désaccord s'est manifesté entre la jurisprudence et la doctrine sur le point de savoir à qui, dans la procédure de vérification, incombe la preuve de la vérité de l'écriture et de la signature prétendues. En Droit commun, ce devrait être toujours à celui qui invoque l'acte contesté — en l'espèce, au légataire (art. 1324). Mais, si les arrêts admettent cette solution de principe, ils y dérogent dans une hypothèse relativement fréquente : celle où le défunt ne laisse pas d'hériter à réserve, mais un légataire universel qui a obtenu du tribunal l'envoi en possession (art. 1008). Ce légataire, dit-on, se trouve dans la situation du possesseur. Or, d'après les principes généraux de la Preuve, ce n'est pas à lui, mais à l'héritier qui prétend l'évincer, à faire la démonstration du fait qu'il allègue, c'est-à-dire de la non-véracité de l'écriture. Cette jurisprudence de la Cour de cassation, qui remonte à 1824, s'est affirmée dans une longue suite d'arrêts (Req., 29 mai 1904. D. 1904. 1. 311). Cependant, la Cour suprême admet, que le fardeau de la Preuve n'incomberait plus à l'héritier et retomberait à la charge du légataire, dans le cas où les circonstances de la cause rendraient le testament suspect : par exemple, à raison de la précipitation que le légataire aurait mise à se faire envoyer en possession, à l'insu des héritiers (Civ., 21 mai 1860. D. 1860. 1. 434).

La Doctrine, même la plus moderne, critique à l'envi cette jurisprudence. « Il est impossible, écri-

vent notamment MM. Colin et Capitant, de méconnaître plus complètement les principes qui régissent la matière des Preuves. Dire que l'on applique à l'héritier, en l'astreignant à faire la preuve de la non-véracité de l'écriture du testament, la règle d'après laquelle le demandeur doit établir le fait qu'il invoque, est une lourde erreur. Le fait que l'héritier allègue, c'est sa qualité d'héritier, qui lui donne droit de réclamer les biens héréditaires à laquelle il possède. En résistant à cette prétention d'hérédité à l'aide d'un prétendu testament du défunt, le soi-disant légataire universel invoque une exception ; c'est donc à lui à faire la preuve de cette exception... Il ne faut pas oublier que l'envoi en possession est prononcé par la justice, sans qu'elle ait vérifié la valeur du testament, lorsque celui-ci paraît régulier *prima facie*. Quant à la concession que la jurisprudence a faite à l'opinion adverse, en renversant parfois la charge de la Preuve à raison des circonstances, elle ruine tout simplement son système. »

Nous n'hésitons pas à déclarer, de notre point de vue, ces critiques injustifiées. Sans doute, les arrêts n'hésitent pas à sacrifier ici les règles traditionnelles de la Preuve ; mais ils le font en vertu de ce principe d'ordre supérieur, bien des fois signalé au cours de cette étude, que la Preuve incombe à celui contre qui l'apparence existe. Il n'est pas exagéré de dire que ce postulat domine tous les problèmes du Droit civil. Si la jurisprudence y admet des dérogations en matière de libéralités, c'est qu'elle partage la défiance traditionnelle qui, depuis le Droit romain, s'attache aux dispositions à titre gratuit, lorsqu'il y a des héritiers du sang, et qu'elle se fait, d'autre part, la gardienne vigilante du principe d'égalité. Or, ici, par hypothèse, le défunt ne lais-

sait pas d'héritier à réserve. Le légataire envoyé en possession par le tribunal a donc toutes les apparences en sa faveur. MM. Colin et Capitant eux-mêmes le reconnaissent, en disant que l'envoi en possession est prononcé lorsque le testament « paraît régulier ». Il n'en sera plus de même, lorsque les circonstances rendront cette prise de possession suspecte, et alors la charge de la Preuve sera renversée, ce qui constitue juridiquement une sanction. Ainsi, l'idée d'apparence qui a été notre point de départ dans l'étude des variations, tantôt législatives, tantôt prétoriennes, que subit l'article 1315, se trouve être aussi notre aboutissant et notre conclusion.

Quant à la Date du testament olographe, si elle fait foi en principe, elle est susceptible de contestation par les intéressés. D'après d'anciens arrêts, ce ne pourrait être qu'au moyen de l'inscription de faux (Req., 22 février 1853. D. 1853. 1. 131). Mais cette opinion, basée sur l'article 214 du Code de Procédure, n'a pas été suivie par la jurisprudence actuelle. En effet, la vérification ou la reconnaissance d'un testament ne sauraient suffire à le transformer en acte authentique. Les arrêts, sans admettre la liberté complète de la Preuve, se contentent de décider que la date peut être contestée par tous moyens, pourvu qu'ils soient tirés du contexte même du testament : par exemple, d'une contradiction entre la date et le filigrane du papier ou la date d'un fait auquel l'acte fait allusion (Req., 16 février 1909. D. 1911. 1. 189). Encore les intéressés sont-ils autorisés à recourir à toutes autres preuves, fussent-elles tirées d'éléments étrangers au texte du document, lorsqu'on prétend que la fausseté de la date est le résultat d'une fraude, d'une captation, ou de l'insanité d'esprit du testateur. Dans tous ces cas, la démonstration de la fausseté de la date se confond

avec celle de la fraude ou de la démence, dont les intéressés, en vertu des principes généraux de l'article 1348, sont admis à apporter la preuve par tous les moyens (Req., 20 juillet 1886. D. 1887. 1. 83).

CHAPITRE III

Le Droit commercial.

Une chose nous frappe à première vue dans un examen, même sommaire, du Droit commercial : d'abord, l'absence complète d'une théorie des Preuves, telle qu'elle se présente dans le Code civil ; ensuite, la multiplicité des Présomptions établies par la Loi. Cela est facile à comprendre. On sait qu'une des principales raisons invoquées en faveur d'une législation commerciale distincte est la nécessité de règles juridiques favorables à la rapidité des transactions et au développement du Crédit. Or, la Preuve, telle que l'organise la Loi civile — c'est-à-dire un ensemble de procédés techniques tendant à aller au fond des choses, à scruter les raisons profondes de nos actes, est un instrument perfectionné, mais délicat, une machine dont les multiples rouages viennent alourdir et compliquer la trame de la vie juridique. Il suffit, pour s'en apercevoir, de faire le compte des décisions judiciaires où la question de Preuve est seule en jeu.

Nous avons vu que la jurisprudence cherchait à élargir ces règles un peu étroites, qu'elle faisait une place de plus en plus considérable à l'apparence, qu'elle n'hésitait pas à établir, en concurrence avec la Loi, certaines présomptions véritablement prétoriennes. La Présomption : tel est, en effet, le moyen pratique de résoudre le problème de la Preuve — moyen qui, au strict point de vue de l'équité, n'est

peut-être pas le meilleur, puisqu'il ne s'attache qu'aux apparences, mais qui simplifie notablement la solution des litiges et contribue à en diminuer le nombre. La vie commerciale n'a pas, comme l'autre, ses mystères et ses dessous. Elle s'étale au grand jour, elle se résout en une série d'actes qui l'extériorisent. Elle vit de crédit, c'est-à-dire de confiance. Il ne saurait être ici question de ces recherches d'intentions, de ces analyses délicates des mobiles humains qui sont l'occupation favorite, quoique inavouée, des juridictions civiles. Devant cette justice expéditive, composée d'hommes d'affaires et non de psychologues, l'apparence tend à jouer un rôle exclusif. Il ne faut donc point s'étonner si le législateur a, pour ainsi dire, tissé le Code de commerce sur une trame serrée de présomptions, et s'il a, pour commencer, englobé la vie commerciale, avec ses manifestations diverses, dans une vaste présomption de portée universelle.

C'est l'article 638-2° qui établit la Présomption de Commercialité des actes du commerçant. Il peut y avoir doute sur le point de savoir si l'acte réalisé par celui-ci concerne ou non sa profession. C'est la première des deux situations qui se présume. L'intéressé pourra fournir la preuve contraire, en démontrant que l'opération pour laquelle il est recherché est étrangère à son commerce, moyennant quoi il obtiendra son renvoi devant le tribunal civil. La Loi a compris les imprécisions et les lacunes inévitables d'une énumération limitative. Il existe quantité d'entreprises de nature juridique douteuse, placées au point de contact du Droit civil et du Droit commercial. D'autre part, les progrès industriels font naître incessamment de nouvelles branches d'activité, que le législateur de 1807 ne pouvait prévoir. La Loi répute donc, au fond, actes ou entre-

prises de commerce des opérations ou des établissements qui se présentent extérieurement dans des conditions déterminées. Le fond peut prêter aux discussions, la forme rend la situation claire. La présomption cesse, il est vrai, si une cause civile est énoncée dans l'engagement. Elle cessera de même, si l'on parvient à la démontrer ; mais c'est au prétendu commerçant qu'il appartient d'en faire la preuve. Elle s'applique, dit encore l'article 638, aux « billets » souscrits par un commerçant ; mais la pratique décide que, la dette fût-elle simplement verbale, le doute sur sa cause doit faire pencher en faveur de la commercialité.

La Loi fait de cette idée générale deux applications intéressantes. La première concerne la Lettre de change ; la seconde, les opérations des Sociétés par actions.

D'après l'article 638, les Lettres de change sont réputées, de présomption absolue, avoir pour cause un acte de commerce. La Loi va plus loin encore, en supposant commerciale la profession du souscripteur, quand même il n'exercerait aucun négoce et se serait abstenu de toute spéculation — la négociation de la lettre de change étant par elle-même, disait déjà Pothier, « une espèce de commerce et de trafic ». Cette règle n'a pas été étendue au billet à ordre, peu usité dans les affaires. En principe, la dette ainsi constatée reste une dette civile, à moins que le porteur ne justifie de la nature commerciale de l'engagement.

Quant à la Société anonyme ou en commandite par actions, elle devient invariablement une entreprise de commerce (Loi du 1^{er} août 1893, art. 68). Toute société par actions, qu'elle ait pour objet une exploitation commerciale (manufacture) ou civile (société minière) est désormais sujette aux mêmes

règles que l'individu commerçant : elle subira la faillite, elle sera assignée devant le tribunal de commerce. D'ailleurs, en ce qui concerne les sociétés fondées antérieurement à la loi, la commercialité est subordonnée à la nature de l'entreprise. Ici encore, la forme emporte le fond. Du moment qu'une société se présente au public sous les dehors d'une société par actions, elle est présumée vouloir offrir à ses membres et aux tiers qui contracteront avec elle les garanties du commerce. La Loi s'attache à l'intérêt du Crédit.

Si la femme assiste son mari dans son commerce — situation fréquente en pratique — le Code répute commerçant le mari seul (art. 5-2°). Il estime que la femme n'est que son préposé. Dût-elle faire des actes juridiques, souscrire des effets ou traiter des ventes, c'est au nom de son mari qu'elle est censée agir. La situation est la même que s'il y avait procuration du mari. La femme ne serait commerçante qu'à la condition d'exercer un commerce « séparé ». Ce commerce peut être de même nature que celui du mari, pourvu qu'il ne se confonde pas avec lui.

Quand le commerce est unique, on discute le point de savoir si la présomption de l'article 5 comporte la preuve du contraire. La jurisprudence fait des distinctions. Si le fonds est exploité au nom de la femme — par exemple, elle est inscrite à la patente, ou elle a pris la location du magasin, ou encore elle continue un commerce qu'elle gérait avant son mariage — les tribunaux décident que le commerce repose sur la tête de la femme, et que le mari lui prête le concours de commis (Req., 5 novembre 1900. D. 1901. 1. 463), ou s'est immiscé dans ses affaires (Req., 21 octobre 1901. D. 1901. 1. 527).

Si le commerce est au nom du mari, ou que la

détermination de l'époux commerçant prête, au doute, la présomption est, au contraire, absolue, et l'action en justice sera refusée contre la femme. Enfin, si les époux ont coopéré au commerce en s'obligeant de concert envers les tiers, l'intervention de la femme ne peut s'expliquer que par l'intention de cautionner son mari. Elle sera tenue, et, si ses engagements doivent se reproduire fréquemment, elle encourra la faillite (Req., 5 mai 1857. *J. Pal.*, 1859, p. 288) (1):

A la profession de commerçant se rattache la tenue des Livres de commerce ; elle en est le corollaire obligatoire. On sait que ces livres doivent être conservés pendant dix ans à partir de leur clôture (art. 11). Mais ils ne perdent point pour cela leur force probante. Ils continuent, après ce délai, à faire preuve pour ou contre celui qui les détient. S'il se refuse à les produire, parce qu'il soutient ne plus les avoir, il échappe alors à la suspicion de l'article 17, qui créait au profit de son adversaire un commencement de preuve. En effet, pendant le délai

(1) D'ailleurs, la partie assignée devant le Tribunal de commerce peut décliner la compétence de ce tribunal sans avoir à prouver qu'elle n'a pas la qualité requise. C'est au demandeur qu'incombe la charge de fournir la preuve de cette qualité. (Civ., 7 mars 1877 ; D., 1877, I.112). De même, la femme assignée avec son mari devant la juridiction commerciale en qualité de commerçante est recevable, même après sa comparution devant un juge-commissaire, à soutenir qu'elle n'est pas commerçante et à requérir sa mise hors de cause. (Agen, 12 décembre 1809 ; J. G. D. *Exception*, 535-1°).

D'une manière générale, le tribunal de commerce est compétent pour apprécier la qualité de commerçant attribuée au défendeur, par exemple, pour statuer sur la demande tendant à faire déclarer qu'une femme mariée exerce, du consentement de son mari, un commerce distinct et séparé de celui de ce dernier. (Riom, 2 mars 1821 ; J. G. D. *Compét. Comm.*, 364).

légal de dix ans, l'absence ou l'irrégularité des livres fait perdre au commerçant le bénéfice de la Preuve. Il établira difficilement ses créances, et, quant à ses dettes, il tombera sous le coup d'une présomption défavorable.

Que le livre ait force de preuve contre celui qui le tient, ce n'est là qu'une application des règles de l'aveu. En conséquence, le demandeur ne saurait se prévaloir de telle mention qui lui est favorable et en repousser une autre. Mais il peut sembler étrange de voir le négociant invoquer une mention de son livre en sa faveur — bien que des esprits subtils aient vu là un procès-verbal double, dressé du consentement des deux parties. Le domaine de la Preuve sera donc limité : il faut que l'adversaire soit lui-même un commerçant. Dans ce cas, chaque partie tient ses écritures ; elles doivent mutuellement se contrôler, et le défendeur est libre de produire les siennes à l'appui de ses prétentions. S'il y a concordance, la prétention du demandeur sera rendue tout à fait certaine ; si les livres du défendeur sont muets, les deux parties seront présumées également véridiques et le demandeur devra recourir à une autre preuve.

A supposer que l'adversaire soit un non-commerçant, les livres ne sont pas complètement dénués de foi pour celui qui veut arguer de leur contenu. Ils valent comme un commencement de preuve en sa faveur ; mais le demandeur ne peut le compléter qu'au moyen du serment, non de la preuve testimoniale, car l'écrit opposé à l'adversaire, n'étant pas émané de lui, ne remplit pas les conditions de l'article 1347 du Code civil. Si les livres sont facultatifs, il n'y aura plus preuve légale, mais présomption de fait (Paris, 15 juillet 1909. D. 1910. 2. 72). D'une manière générale, ils seront présumés contenir des

énonciations véridiques, quand rien de suspect ne se présente, par ailleurs, dans les écritures (Req., 5 janvier 1910. D. 1910. 1. 168). Le juge peut établir sa conviction sur de simples présomptions. On voit la souplesse d'un pareil système.

En ce qui concerne les Brevets d'invention, la Loi consacre une particularité intéressante. Le brevet est délivré sans garantie, *non cognita causa*. L'Administration ne juge pas l'invention au fond, ni en fait, ni en droit. Elle laisse à l'impétrant la charge d'établir, au regard de tout contradicteur, que le brevet porte sur une invention qu'il pouvait s'approprier légalement, que cette invention était bien nouvelle, ou que la description en est complète et loyale.

Quant aux Dessins et modèles, les atteintes qui peuvent être portées de la part d'un tiers aux droits du propriétaire ne tombent pas sous le coup des sanctions de la loi du 14 juillet 1909, si elles sont antérieures au dépôt. Si elles lui sont postérieures, et que le dépôt soit encore secret à cette date, les poursuites, tant pénales que civiles, seront subordonnées à la preuve par la partie lésée de la mauvaise foi du tiers. Que si le dépôt avait déjà été rendu public, ce serait au défendeur à faire la preuve de sa bonne foi, pour éviter la condamnation. La publicité est, contre lui, la meilleure des apparences.

Le régime des Sociétés par actions donne ouverture à des comparaisons intéressantes entre la loi de 1867 et la loi de 1893.

Relativement à la nullité d'une société, la loi de 1867 établissait une différence fondamentale entre la demande faite par les actionnaires et celle exercée par les créanciers. Les premiers devaient établir le rapport de cause à effet entre la nullité encourue

et la ruine de la société. Ils n'avaient droit à réparation que dans la mesure où le vice constitutif de l'opération leur avait fait perdre leurs mises. Si l'actif avait péri pour un autre motif, ils étaient sans droit. Leur action, disait-on, a pour base un mandat mal exécuté, ou encore l'article 1382 du Code civil. Dans les deux cas, l'indemnité devant se limiter au tort subi, ils sont tenus de justifier de ce tort et de son montant.

Les créanciers disposaient d'une situation meilleure. Sans doute, dans la société en commandite, ils étaient munis de la même action en réparation qui appartenait aux actionnaires. Mais, dans la société anonyme, ils pouvaient, dans tous les cas, poursuivre individuellement les fondateurs pour le passif social intégral, et cela même quand ils ne pouvaient démontrer aucun rapport de cause à effet entre la nullité et la ruine, la société ayant succombé par suite d'une force majeure. La loi du 1^{er} août 1893 est venue assimiler les deux actions, au détriment des créanciers. Les fondateurs sont désormais responsables envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de l'annulation. Par suite, la preuve d'une relation entre le vice relevé et la perte de l'actif, requise de la part de l'actionnaire, l'est aussi de la part du créancier. Celui-ci n'obtiendra pas une somme plus forte que celle que l'actif social lui eût donnée, si le vice n'avait pas existé (Douai, 6 mars 1900. D. 1901. 1. 207).

Si la société se trouve en faillite ou en liquidation, on sait que le syndic mis à sa tête par l'effet du desaisissement peut, de sa propre autorité, exiger des actionnaires le complément qui servira à désintéresser les créanciers, ou provoquer le liquidateur à l'exiger à sa place. Mais on admet que ni l'un ni l'autre n'est tenu de justifier au préalable du déficit,

pour contraindre les actionnaires à libérer leurs titres (Civ., 24 octobre 1910. D. 1912. 1. 487). Quant au droit de poursuite individuelle reconnu aux actionnaires par l'article 17 de la loi de 1867, il faut noter que, pour faire recevoir sa prétention, le demandeur doit justifier de la possession actuelle de ses actions, ce qui, pour les actions au porteur, entraîne le dépôt nécessaire.

En matière de Titres nominatifs, et d'après la jurisprudence, les articles 15 et 16 de l'arrêté du 27 prairial an X déchargeraient le Trésor de toute responsabilité vis-à-vis de la victime d'un faux, obligée d'agir directement contre l'agent de change certificateur. Les inscriptions du Grand-Livre emportent présomption irréfragable de vérité et font foi des mentions qu'elles renferment, sans que la preuve contraire soit recevable. D'autre part, la responsabilité de l'agent n'est pas affirmée comme le résultat d'un devoir, ou mieux d'un risque professionnel. Elle est admise seulement en fait, lorsqu'il apparaîtra que l'agent s'est rendu coupable d'une faute (Req., 29 janvier 1902. D. 1902. 1. 223).

Quant aux Titres au porteur, on sait que la simple possession du document témoigne de la possession du droit qui y est attaché. La production du titre crée une présomption de propriété, qui exempte le porteur de toute autre justification. En vertu de cette présomption, il peut, sur seule présentation, toucher au siège débiteur les dividendes, intérêts et capital, vendre le titre par l'entremise d'un agent de change, transférer à un acheteur le bénéfice de sa propre possession — en un mot, il faut étendre à son profit la règle de l'article 2279 du Code civil. La présomption de propriété est subordonnée, il est vrai, à une condition de bonne foi chez la personne à qui le titre est remis ou présenté — qu'il s'agisse

de l'établissement débiteur, de l'acquéreur ou de l'intermédiaire requis de procéder à la vente du titre, et mal fondé à exiger du porteur la preuve de sa propriété.

On sait que les lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902 sont venues faire fléchir, à certains égards, la prescription de bonne foi qui protège le possesseur du titre. La publication faite à la requête du volé a pour effet de lui conserver la revendication. Le titre ne peut plus, désormais, tomber aux mains d'un possesseur de bonne foi, car l'ignorance de l'insertion au *Bulletin* est considérée comme une faute lourde équivalente au dol.

Cependant, si le porteur ou l'intermédiaire, même ayant acquis le titre postérieurement à la publication de l'opposition, arrivait à prouver que son auteur avait une possession plus ancienne, il pourrait, sinon échapper à toute revendication, du moins se faire rembourser le prix d'achat. Le porteur pourra, d'ailleurs, provoquer la mainlevée d'une opposition peut-être téméraire, lorsqu'il a en mains une pièce — bordereau ou autre titre — justifiant que son achat est antérieur à la publication de l'opposition, et que l'opposant ne lui offre pas le remboursement de son prix ; ou encore, lorsque l'opposant n'allègue aucun fait de nature à rendre sa prétention vraisemblable (Loi du 8 février 1902). Si l'acquisition du titre a précédé l'opposition, ou si la victime dépossédée s'est abstenue de procéder à celle-ci, le Code civil reprend son empire. Toute revendication cesse contre le porteur de bonne foi — sauf au cas de vol, où le volé conserve pendant trois ans le droit de revendiquer son titre. Mais ce droit est rendu illusoire en pratique par l'exception dont dispose l'acheteur, qui lui permet de se faire rembourser le prix coûtant du titre acheté en Bourse (art. 2280).

Relativement à la preuve du Gage, la loi de 1863 a simplifié les règles de forme. Un acte enregistré est superflu, et le créancier pourra prouver la formation du nantissement par témoins (art. 91). Cette preuve ne lui sera même pas nécessaire pour garder la chose : il a la détention, et sa possession vaut titre. Ce sera à son adversaire à attaquer cette possession comme illégitime. Si le demandeur paraît justifier ses prétentions, le gagiste peut faire appel à l'enquête pour établir un nantissement. Avant 1863, il lui fallait un acte écrit. Nous assistons donc ici à une manifestation de cette simplification croissante de la Preuve, qui est le fond du Droit commercial.

La Lettre de change soulève, au point de vue qui nous occupe, une foule de problèmes intéressants. On sait qu'elle s'analyse en une délégation, permettant au bénéficiaire, si le délégué refuse d'accepter ou de payer, de se retourner contre le donneur d'ordre. Dans une délégation ordinaire, ce recours ne serait pas donné de plein droit. Pour agir contre le déléguant, il faudrait justifier d'une créance préexistante. La lettre de change sous-entend cet engagement du tireur, elle dispense le porteur de le prouver. Elle le fait résulter de la seule production de l'effet, ou, plus exactement, de la mention « valeur fournie ». « L'acceptation suppose la provision », dit l'article 117. Il y a présomption absolue que cette provision existe, toute mauvaise foi du porteur réservée. L'acceptation est donc, par elle-même, pourvue d'une cause régulière (1).

(1) Le tiré lui-même, lorsqu'il laisse dresser un protêt, peut se déclarer accepteur au compte soit d'un endosseur, soit du tireur. Cette attitude a sa raison d'être. S'il avait fait une acceptation pure et simple, il tombait sous la présomption de l'article 117, ce qui lui créait, au cas d'absence de provision,

Chose plus remarquable encore, la délégation se répète chaque fois que l'effet change de main. La preuve que l'endossement n'est pas une cession de créance, comme on le dit trop vulgairement, c'est que les exceptions nées contre le cédant sont inopposables à l'acquéreur, précisément parce que le signataire, le tiré, s'est engagé envers lui. « Obligation se créant d'elle-même », disent les auteurs allemands pour expliquer la nature de l'effet de commerce ainsi détaché de sa cause.

Deux hypothèses peuvent être envisagées : ou bien le tiré doit effectivement de l'argent au tireur, et la traite sera un moyen pour celui-ci de rentrer dans son dû ; ou bien le tiré a consenti une ouverture de crédit. La différence est dans le droit qu'a le tiré de se faire rembourser. Alors se posera une question de Preuve. Sur la seule justification qu'il a accepté ou payé l'effet, le tiré pourra-t-il se faire rembourser par le tireur ? Ou bien devra-t-il démontrer qu'il n'a fait qu'une avance ? Le présumera-t-on débiteur ou non ? La maxime *Acceptation suppose provision* résout la question dans le sens le moins favorable pour lui, mais le plus conforme à l'apparence. Du moment qu'il a accepté, et, à fortiori, qu'il a payé, il devait vraisemblablement de l'argent au tireur. Pour se faire rembourser, il lui faudra démontrer l'absence d'obligation à sa charge. Cette preuve, que son caractère négatif rend difficile, lui est permise par la jurisprudence, malgré l'avis de certains auteurs (Civ., 30 novembre 1897. D. 1898. I. 158).

Mais, si l'acceptation fait présumer la provision par rapport au tiré, la présomption n'est plus appli-

une difficulté de preuve contre son tireur. Cette présomption cesse de lui être opposable, du moment qu'il agit par intervention.

cable au porteur impayé qui se retourne contre le tireur. A ce point de vue, l'existence de la provision a une importance, puisqu'elle permet à celui-ci de repousser les poursuites tardives du porteur. C'est à lui, défendeur, que la preuve de la provision incombera, là même où le tiré aurait accepté. L'acceptation, bonne pour faire présumer la provision, ne l'est plus pour écarter le recours du porteur impayé (art. 117-3° et 170). Bref, l'existence d'une provision exonère le tireur tant vis-à-vis du tiré que du porteur retardataire. Mais, quant à savoir si cette provision a été faite, la charge de la Preuve est intervertie. Le tireur en est affranchi vis-à-vis du tiré qui doit prouver la non-provision, et la preuve retombe au contraire sur lui envers le porteur.

Un autre effet original de la lettre de change est la naissance — ou la renaissance — de la dette nulle ou éteinte à l'égard du tireur, au profit des porteurs successifs du titre qui en ont fourni la valeur. Il est inexact de restreindre ce droit à un porteur de bonne foi. Quiconque a fait les fonds de la traite a droit au paiement. Le signataire né sera libéré qu'en établissant que l'endos de propriété n'est qu'un endos de procuration déguisé, et que la valeur fournie est fictive. La volonté de répondre pour autrui est une cause suffisante d'obligation. S'il y a eu à l'intercession du tireur un motif défectueux, il ne s'agit pas là d'une cause, et le créancier, le porteur, n'a pas eu à s'en enquérir. Toujours la présomption guidée par l'apparence.

« L'endossement irrégulier, dit l'article 138, fait présumer la procuration ». Mais le porteur peut-il prouver contre cette présomption, en établissant que son contractant et lui ont entendu effectuer un endossement de propriété — par exemple, qu'il a fourni l'équivalent de l'effet — et, la preuve faite, se com-

porter en propriétaire ? Autrefois, la jurisprudence considérait la présomption comme absolue. Aujourd'hui, elle admet que la Loi pose moins une présomption proprement dite qu'une règle interprétative des volontés. Par sa rédaction extérieure, l'endos irrégulier confère au porteur un simple mandat. Si la volonté des parties n'est pas d'accord avec les apparences, on est en présence d'une contre-lettre. Or, si la preuve de la contre-lettre ne doit point nuire aux tiers (art. 1321 C. civ.), les parties peuvent l'administrer l'une envers l'autre.

Supposons la contestation limitée entre l'endosseur et le porteur. Celui-ci a qualité pour démontrer l'existence d'une valeur fournie. Par contre, si l'endosseur a voulu faire une libéralité au porteur sous la forme d'un endossement irrégulier, cette libéralité est nulle, car une donation ne peut se déguiser valablement que sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, et non d'un mandat. La simple tradition de l'effet revêtu d'un endos en blanc ne peut pas davantage réaliser un don manuel. Un titre au porteur ordinaire fait bien présumer son détenteur propriétaire ; mais, ici, le porteur est présumé pourvu d'une simple procuration d'encaissement. Pour conserver l'effet, il lui faudrait prouver la cause de son acquisition, ce qu'il ne peut faire si cette cause est une libéralité. Il est privé du droit d'invoquer la maxime *En fait de meubles...*, bien qu'ayant reçu de bonne foi la traite. En revanche, vis-à-vis des tiers, l'endossement irrégulier ne vaut que comme procuration, en dépit de toute preuve contraire. Partant, le porteur, agissant contre les signataires, se verra opposer les exceptions recevables contre son endosseur (Civ., 24 octobre 1904, D. 1905, 1, 39).

Chacun sait que le paiement d'une lettre de

change exige la présentation du titre. Dans les autres créances, le titre intervient seulement comme preuve d'un droit contesté : ici, il permet au requérant de justifier de sa qualité de créancier actuel, dont témoignent les énonciations de l'effet, complétées par la chaîne des endos. La production du certificat devient ainsi une condition de l'exercice du droit. Une conséquence, c'est que le paiement fait au porteur, même illégitime ou incapable, sera libératoire. De Droit commun, un débiteur ne paie valablement qu'au créancier véritable ou à son mandataire, à condition que celui-ci justifie de ses pouvoirs. Or, il n'y a pas de moyen pratique pour le tiré de vérifier la sincérité des endossements successifs : il ne peut demander au porteur la preuve de son identité. Dès lors, s'il le paie sur la foi des apparences, il est présumé « valablement libéré » (art. 145).

Cette présomption n'est pas d'une application constante. Elle cesse de s'appliquer en cas d'imprudence de la part du tiré : par exemple, s'il a payé une lettre de change avant l'échéance ou malgré une opposition, ce qui le constituerait de mauvaise foi, ou sans vérifier les conditions extérieures de régularité du titre. Mais, si la traite a été délivrée en plusieurs exemplaires, et que l'un d'eux — celui-là même que le tiré avait revêtu de son acceptation — ait été perdu, on peut se demander si le paiement fait sur le double est libératoire pour le tiré. En d'autres termes, le porteur de l'exemplaire accepté pourra-t-il exiger du tiré un second paiement, en établissant que c'est lui le porteur légitime ? L'ancien Droit penchait pour l'affirmative, mais la pratique admet une solution moins rigoureuse, en reconnaissant la libération du tiré, que si tous les exemplaires (ou l'exemplaire unique) ont été per-

du, il faudra que le requérant fournisse une preuve dont il était dispensé dans le cas précédent. Il devra justifier de sa propriété sur la lettre égarée, et, s'il est commerçant, il ne pourra établir cette propriété qu'au moyen de ses livres (art. 152).

La prescription de cinq ans, édictée par l'article 189, repose sur une présomption de paiement. « Les lettres de change, disait l'Ordonnance de 1673 (V. 21), seront réputées acquittées après cinq ans ». Aussi la prescription doit-elle être corroborée par le serment, que le porteur peut déférer à son adversaire. Le signataire devra jurer qu'il a effectivement payé, faute de quoi il sera condamné, malgré son moyen de prescription. Ses héritiers, s'ils sont actionnés par le porteur, prêteront le serment de crédibilité. Quand l'effet sera prescrit ou frappé de déchéance, la dette primitive tombera avec lui. Le défendeur, assigné après le délai légal, opposera qu'il a fourni une lettre de change au créancier de son plein gré. Le retard mis par le porteur à poursuivre le signataire ne doit pas mettre ce dernier dans la nécessité de se retourner contre son propre cédant. Le porteur est donc en butte à une double exception : exception de paiement d'abord, ensuite « exception de faute commise ».

Le Warrant est soumis à des règles à peu près analogues. Toutes les différences proviennent de ce qu'il n'a pas un caractère de commerciabilité aussi marqué, ce qui conduit à une restriction de la Preuve. En cas de perte, la personne dépossédée pourra obtenir du juge, en justifiant de sa propriété et en donnant caution, le paiement de sa créance. Quant à l'endosseur originaire, il est dans la condition d'un « souscripteur de billet à ordre », ce qui ne lui permet pas de se prévaloir de la négligence du porteur. Il ne pourra arguer que de la prescrip-

tion de cinq ans, en admettant qu'il se soit engagé commercialement. Si le magasin général délivre des effets sur ses propres marchandises et les fait escompter par un tiers de bonne foi, le nantissement sera présumé régulier au profit du porteur. Ce sera une solution d'équité plutôt que de Droit strict (Orléans, 6 janvier, 1887. D. 1887. 2. 223).

Le Chèque, lui aussi, doit répondre à des conditions plus strictes que celles imposées à la lettre de change. On sait que la loi du 14 juin 1865 n'a pas aboli l'usage du chèque-récépissé, qui n'est autre qu'un chèque dissimulé sous une quittance et circulant comme un titre au porteur. Mais il n'offre pas le même avantage au point de vue de la preuve. Un chèque en souffrance donne ouverture à un recours contre le tireur, tandis que le porteur du récépissé est réputé un mandataire, non fondé à conserver le produit du paiement ou à agir en garantie, un peu comme le porteur d'endos irrégulier. Pour se retourner contre les signataires, il devra démontrer qu'il a fourni la valeur du titre.

Le chèque, même irrégulier, se caractérise par l'absence d'acceptation. En conséquence, il ne peut bénéficier de la présomption établie pour la lettre de change. Rien ne prouve, à la simple apparence, que la provision existe ou qu'elle n'a pas été retirée. Le porteur ne pourra comprendre dans ses poursuites le tiré signataire, du chef de la provision, qu'à charge d'en établir l'existence : jusque là, le chèque par lui-même ne la fait pas présumer. Ainsi s'explique le peu de crédit de l'effet, et l'empressement mis à en exiger le paiement.

Une question pratique est celle des faux chèques. Si le tiré — c'est-à-dire le banquier — a payé l'effet sur présentation, sans le confronter avec le modèle de la signature de son client ; si l'importance inso-

lite du chèque ou quelque autre circonstance devaient le rendre suspect, le banquier s'est rendu coupable d'une faute lourde et il en répondra, malgré toute convention contraire. Cette convention est usuelle, car le banquier, dans le reçu qu'il fait signer au déposant, s'exonère expressément à l'avance des paiements de chèques faux. Une telle exonération est sans effet : elle vaudra seulement lorsque la conduite du banquier est excusable et que la signature a été habilement contrefaite (Req. 26 octobre 1898. D. 1899. 1. 274). Mais, s'il est prouvé que le faux a sa cause dans une faute du tireur lui-même — par exemple, qu'il n'a pas conservé son carnet en lieu sûr — les rôles sont changés et le banquier pourra débiter son client du paiement qu'il a effectué (Trib. Seine, 21 décembre 1895. D. 1896. 2. 40).

Quant au Compte courant, on peut se demander si, en cas de faillite du réceptionnaire, son correspondant pourrait revendiquer une lettre de change revêtue d'un endos irrégulier, qu'il lui aurait remise en compte, en invoquant la présomption de l'article 138, d'après lequel cet endos irrégulier ne vaut que procuration. Une telle prétention n'a pas été admise par la pratique. Pour que l'effet soit utilement revendiqué, il faut que « la remise ait été faite par le propriétaire, avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition » (art. 574). Or, ce mandat n'existe pas ici, puisque le réceptionnaire a fourni la contre-valeur de l'endossement en portant la traite au crédit de l'endosseur. Il a la pleine disposition de l'effet, sans avoir à justifier du paiement. La preuve que les parties ont voulu imprimer à cet endos irrégulier les effets d'un endos de propriété résulte de l'inscription en compte. Il n'en sera plus de même, si l'endosseur peut démontrer la volonté commune des

parties de laisser la remise hors du compte, ce qui résultera des circonstances de l'espèce : par exemple, si elle a été portée sur un compte spécial (D. 1899. 2. 86).

Mais c'est peut-être la théorie de la Faillite qui nous offre l'application la plus saisissante du principe de l'apparence en matière de Preuve. Le poursuivant ne peut, en effet, apporter la preuve de l'insolvabilité du commerçant, à moins d'inventorier ses livres. La connaissance de l'état des comptes, faute de publication d'un bilan, est impossible. Elle nécessiterait une immixtion préalable dans les écritures, incompatible avec le secret des affaires. On a dû s'en tenir à un signe apparent : la cessation des paiements. Le négociant qui refuse de payer à l'échéance s'attire tous les soupçons et justifie la prise de possession de son actif par les créanciers. A l'inverse, il pourrait, quoique insolvable, continuer ses paiements, et le créancier poursuivant n'a pas les moyens de faire la preuve de son insolvabilité (1).

Quant à la justification de l'état de cessation des

(1) Cette conception de la Faillite s'est étendue à d'autres liquidations. En dehors de la cessation des paiements d'un commerçant, constatée par justice, il est des cas où l'ensemble d'un patrimoine est liquidé afin de désintéresser les créanciers, suivant une règle proportionnelle. Ces mesures n'exigent pas la preuve avérée que le débiteur est impuissant à acquitter tout son passif. Le gage de ses créanciers paraît suffisamment compromis par certains faits qui suggèrent des doutes sur le maintien de sa solvabilité, tels que son départ injustifié, sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire ou vacance de sa succession, même d'un simple retard de ses héritiers à l'accepter, la vente de son fonds de commerce — ou, s'il s'agit d'une société, le prononcé de sa dissolution. Le tribunal, en vertu d'attributions de juridiction gracieuse, donnera à l'actif un sequestre ou un administrateur, sur la requête de la partie la plus diligente.

paiements, les tribunaux disposent du plus large pouvoir d'appréciation. Le Code de 1807 donnait une énumération de faits qui emportent la preuve de l'embarras du commerçant : sa retraite, la clôture de ses magasins, son refus de payer ses dettes. Aujourd'hui, toute preuve légale a disparu, et un jugement qui établirait la cessation des paiements d'après des indications quelconques serait parfaitement valable. En pratique, les faits qui déterminent le plus souvent les juges à prononcer une faillite sont : d'abord, les protêts d'effets de commerce dressés contre le débiteur (Req. 11 juin 1907. D. 1908. 1. 147). Cependant, si le créancier demandeur connaît le protêt qu'il a levé lui-même, il connaît moins ceux dressés à la requête des autres créanciers, les protêts n'étant pas rendus publics comme en Belgique. Les juges — c'est le cas pour le tribunal de la Seine — usent alors d'un moyen d'information officieux : ils désignent un liquidateur qui doit se renseigner sur le véritable état des affaires du commerçant et leur en fournir rapport.

Un autre moyen pratique est la conclusion par le débiteur d'un concordat amiable avec ses créanciers. Ce fait paraît, à première vue, de nature à écarter la faillite plutôt qu'à la provoquer. Il en sera ainsi, lorsque tous les créanciers auront donné leur adhésion. Mais si plusieurs, ou même un seul d'entre eux, refusent de souscrire au projet, la faillite sera recevable à la demande de ces derniers (*V. cep.* Req. 11 mai 1908. S. 1909. 1. 497).

Enfin, le départ inexpliqué du débiteur, et surtout la vente de son fonds de commerce, n'est pas en soi un signe révélateur de la situation financière précaire du commerçant, quand même il serait grevé d'un passif. Mais le vendeur doit veiller à ce que le prix soit distribué par l'acheteur entre ses

créanciers, ou que ceux-ci soient informés du changement survenu. Si la vente se révèle comme une manœuvre concertée, ayant pour but de frustrer les créanciers, la faillite est encourue — et cela, bien qu'il n'y ait pas encore de dette exigible. Ces situations, prises au hasard dans la jurisprudence, peuvent d'ailleurs se multiplier à l'infini.

Tout créancier peut introduire contre le débiteur une demande en faillite, à condition de justifier de son bien-fondé. Ceci, même quand le droit du demandeur est conditionnel ou à terme, pourvu qu'il établisse que les paiements de dettes exigibles ont cessé ; même quand la créance est civile et non commerciale (prix de vente d'un immeuble, loyer d'un magasin, fournitures diverses), à condition de prouver que le débiteur ne tient pas ses engagements commerciaux (Req. 3 novembre 1909. D. 1910. 1. 224). (1).

Une autre application de l'idée d'apparence est l'organisation par la Loi d'une phase transitoire entre l'état de solvabilité entière et la faillite déclarée. L'ordonnance de 1673 présentait à cet égard une

(1) La fixation de la date de cessation des paiements a lieu dans la Liquidation judiciaire aussi bien que dans la Faillite. On convient généralement (Thaller) que cette extension à la liquidation de la période suspecte est contraire au principe de l'institution. Le commerçant à qui l'on accorde ce bénéfice est présumé avoir déposé son bilan aussitôt après ses premiers embarras. Reporter dans le passé la date de la cessation des paiements aboutit à lui témoigner une défiance peu conciliable avec la présomption première. L'intérêt des créanciers ne serait, d'ailleurs, aucunement compromis par l'absence d'une période suspecte ; car la nullité des articles 446 et suivants peut être exercée, d'après les arrêts, sans qu'il y ait eu prononcé officiel. Il suffit que le demandeur prouve que l'acte attaqué a été conclu depuis la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, et la liquidation judiciaire ne met aucun obstacle à cette preuve.

lacune qui a été comblée par la Déclaration de 1702. Il ne s'agit pas seulement là d'une division théorique. La vraie raison, c'est que l'action Paulienne seule eût permis d'attaquer les actes du commerçant antérieurs à la déclaration de la faillite et préjudiciables à ses créanciers. Cette protection eût été insuffisante, à raison des difficultés de preuve imposées au demandeur, qui doit démontrer à la fois la fraude du débiteur et la complicité du tiers. Or, à l'approche du jugement déclaratif, les opérations préjudiciables à la masse peuvent être de deux sortes. Les unes ont une apparence équivoque, sans que l'on puisse établir la fraude. Ce sont des expédients inconsiderés plutôt que malhonnêtes, destinés à prolonger artificiellement une situation obérée. Le débiteur est en faute d'avoir compromis le gage, et la contre-partie d'avoir soutenu son crédit. Les autres sont des paiements de faveur, faits que l'action Paulienne n'atteint pas, car celui qui reçoit son dû n'est coupable d'aucune fraude. Pourtant, le principe de l'égalité entre créanciers ne pouvait laisser effectuer ces paiements privilégiés. Il fallait une autre action, exempte des conditions rigoureuses de preuve de l'article 1167, et la période suspecte a été organisée à cette fin.

D'après le Code de 1807, le Dessaisissement rétroagissait jusqu'à la cessation des paiements : règle excessive, à laquelle la pratique avait apporté des tempéraments. Depuis la loi du 28 mai 1838, il ne part que du jugement déclaratif et n'a d'effet que pour l'avenir. D'un autre côté, les actes plus anciens que la cessation des paiements — non compris les dix jours qui la précèdent — peuvent être attaqués par la voie de la Paulienne seule. En général, on respectera les actes passés depuis la cessation des paiements jusqu'au jugement déclaratif. Toutefois,

la masse pourra en faire tomber un certain nombre, soit à raison de leur nature, soit à raison de l'intention qui les a dictés.

L'acte est annulable, à la demande du syndic, si l'on peut démontrer que le tiers qui a traité avec le débiteur avait eu connaissance de la cessation des paiements (art. 447). Il en serait de même, si le tiers avait traité par mandataire avec le futur failli, en vertu du principe de la représentation (Req., 15 juin 1898. S. 1899. 1. 209). C'est une simplification de l'action Paulienne, puisque la triple preuve imposée au demandeur — insolvabilité produite ou aggravée par l'acte, fraude du débiteur et complicité du tiers — n'est plus exigée. La connaissance de la cessation des paiements n'implique pas nécessairement l'intention de s'associer à un détournement de gage. D'ailleurs, l'article 449 met à l'abri de la nullité le paiement par le débiteur d'un effet de commerce échu — disposition de faveur, destinée à encourager la circulation des effets. Toutefois, si le paiement avait eu lieu « autrement qu'en espèces » ou « avant l'échéance de l'effet », avec le consentement du porteur, celui-ci sera tenu de restituer les fonds, sans preuve à faire qu'il connaissait la cessation des paiements.

Le progrès réalisé sur l'action Paulienne par l'article 447 était déjà appréciable : ni preuve d'une fraude du débiteur, ni preuve de la participation du tiers à cette fraude. Mais la nullité facultative n'atteint que les actes postérieurs à la cessation des paiements, et la connaissance de cette cessation est toujours exigée chez les tiers : preuve encore difficile à établir, et qu'il n'est pas équitable d'imposer pour certains actes évidemment suspects. La Loi définit nettement ces actes : ce sont des libéralités, ou des opérations trahissant par elles-mêmes soit

la gêne du débiteur, soit la contrainte exercée par le créancier (art. 446). Tantôt le tiers est un donataire, et il est équitable qu'il soit primé par la masse ; tantôt l'acte a une allure équivoque, et la bonne foi du tiers créancier devient peu vraisemblable. Ces opérations seront nulles de droit, par le seul fait qu'elles se placent dans la période suspecte ou dans les dix jours qui l'ont précédée — et il n'est pas besoin pour les annuler, de prouver que le défendeur connaissait la cessation des paiements.

Ici encore, le droit de la Faillite marche de pair avec celui de l'action Paulienne. De même que l'acte gratuit fait par le débiteur non commerçant est révoqué, sous condition nécessaire de la complicité du donataire à la fraude ; de même, en cas de faillite, le gratifié ne peut pas exciper de sa bonne foi pour échapper au rapport. Si l'ouverture de la période suspecte se place entre la libéralité et l'acceptation du donataire, la donation tombera néanmoins, puisqu'elle ne saurait avoir d'effet que de ce jour (1).

(1) S'il s'agit d'une constitution de Dot, nous avons vu, en étudiant l'action Paulienne, que la jurisprudence lui reconnaît unanimement le caractère d'acte à titre onéreux, donc exigeant, pour son annulation, la preuve de la connaissance par les deux époux de la situation du constituant. S'il s'agit d'une Assurance sur la vie contractée au nom d'un bénéficiaire, celui-ci devenant — par suite de l'application que font les arrêts de la stipulation pour autrui — créancier direct de la Compagnie, ne saurait être primé par la masse, eût-il accepté après la faillite du souscripteur. (Civ., 8 avril 1895 ; *Ann. Dr. Comm.*, 1895, 1.77). Si l'assurance a été contractée en temps suspect, l'attribution au bénéficiaire est nulle, à la demande du syndic, en tant que libéralité indirecte. Mais la jurisprudence se montre encore bienveillante. La nullité n'aura pas pour résultat de faire tomber dans la masse le droit au capital : elle obligera seulement le gratifié à remettre dans l'actif les primes versées avant l'ouverture de la faillite, par application de l'article 1121 du Code civil.

L'article 446 frappe aussi les Paiements de dettes non encore parvenues à échéance, ou accomplis « en d'autres valeurs que celles qui étaient dues ». Le paiement fait avant terme est équivoque, même s'il s'accompagne d'un escompte, à moins qu'il ne soit une condition du contrat — par exemple, une couverture versée à un agent de change sur un ordre de Bourse (Aix, 23 avril 1909. D. 1910. 2. 365). Le paiement effectué sous forme de *datio in solutum* est contraire aux habitudes courantes, et tout porte à croire qu'il a eu lieu à l'instigation du créancier. Pour cette raison, la jurisprudence assimile au paiement en marchandises le paiement par warrant ou récépissé, par cession de créance ou transfert de titres. Si l'opération est masquée sous le couvert d'une vente, il faudra faire la preuve de la simulation. Mais, si le paiement s'effectue par voie de résolution — par exemple, si le failli, après avoir pris livraison des marchandises achetées par lui, les rend à son vendeur — la masse pourra exiger le rapport, bien que la résolution ne soit pas, à priori, suspecte. Quant au paiement par compensation, l'article 446 ne frappe que la compensation conventionnelle.

Sont nulles enfin les Sûretés fournies par le failli, pour dettes antérieurement contractées. Ce que la Loi incrimine, c'est l'antériorité de la dette, non à l'égard de la période suspecte, mais par rapport à la sûreté donnée. Les sûretés consenties après coup sont, pour le créancier, de véritables libéralités, ou plutôt elles sont présumées cacher des menaces d'exécution. Il n'est pas nécessaire de fournir la preuve que le créancier connaissait la gêne du débiteur. Toutefois, il est un cas où la sûreté subsistera : c'est celui où la femme du failli a cautionné son mari et a subrogé un tiers à l'hypothèque née à son

profit du fait du cautionnement. Mais il faut pour cela que la femme ignore la cessation des paiements, ce qui est fort improbable (Bordeaux, 10 mai 1899. D. 1900. 2. 468).

Toujours en vertu de l'idée d'apparence, la législation des faillites ne prodigue pas à la femme les garanties. Elle protège mieux les créanciers contre les reprises, que ne le fait le Droit civil pour le mari, et elle traduit sa rigueur en soumettant la femme à des preuves particulièrement difficiles. La Loi suspecte, en effet, les époux de collusion, pour supposer des apports fictifs ou pour majorer la valeur des apports réels. Inspiré par l'empereur lui-même, le Code de 1807 privait la femme de toute revendication mobilière, exception faite des « habits et linges à son usage » et des bijoux dont elle justifiait la propriété par loyaux inventaires. Ce régime a été adouci par la loi de 1838. Les charges d'entretien de la famille continuent à peser sur la dot, malgré la faillite — ou plutôt à cause d'elle. La doctrine a atténué encore les sévérités de la Loi, mais non la jurisprudence. Dans certains cas où le texte enlevait à la femme la reprise en nature, les auteurs — sinon les arrêts — ont tenté de la lui restituer. D'ailleurs, les modifications réalisées dans la consistance de la fortune mobilière ont rendu la loi difficilement applicable dans la lettre, surtout quant au système des preuves.

Les dérogations qu'apporte au Droit commun la Loi des faillites (il faut ajouter : des liquidations judiciaires) sont de deux sortes. D'une part, la femme qui veut revendiquer au regard de la masse les biens qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus pendant le mariage, est soumise à une aggravation dans la preuve qu'elle doit administrer. D'autre part, elle encourt la déchéance des libéra-

lités faites par son mari. Le premier point seul nous intéresse.

Sur la nature des preuves imposées à la femme, le Code est loin d'être clair. En un point déterminé, il y a exception certaine au Droit commun. On présume que les biens, meubles ou immeubles, acquis par la femme au cours du mariage, ont été payés des deniers du mari (art. 559). Ils lui appartiennent et doivent être, par conséquent, réunis à la masse, la femme étant réputée simple personne interposée. C'est la vieille présomption Mucienne (51. D. *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV. 1) admise dans l'ancienne France par les pays de Droit écrit. Alors qu'il n'est pas douteux que le Code civil l'ait abolie, même pour le régime dotal, elle est rétablie en matière de faillite. La femme peut, d'ailleurs, fournir la preuve contraire et établir que le bien a été acquis avec son propre argent. Cette preuve n'exige pas un acte authentique (malgré l'article 558, qui exige un acte notarié pour la revendication des valeurs acquises en emploi) et peut se faire par tous moyens. Cela n'est vrai, d'ailleurs, qu'en cas de régime dotal ou de séparation de biens, laissant à la femme un droit d'administration propre. Sinon, les acquisitions faites pendant le mariage à titre onéreux tombent en communauté et excluent toute reprise, sauf celles qui proviennent des gains et salaires de la femme (Loi du 13 juillet 1907). Celle-ci pourra, vis-à-vis des créanciers, établir par toutes preuves de Droit — sauf par commune renommée — la consistance et la provenance des biens réservés.

Quant aux biens ayant une origine autre qu'un acte à titre onéreux, il faut faire une distinction entre les immeubles et les meubles. A l'égard des premiers, il n'y a pas de fraude sérieuse à craindre, car leur identité résulte des actes mêmes qui en opè-

rent la transmission. L'article 557 n'exige donc aucune preuve spéciale. La femme reprendra ses immeubles, sans que le contrat de mariage ou un inventaire les ait mentionnés et décrits. A l'égard des meubles, la règle est différente. Ceux-ci se prêtent à des substitutions, à des attributions fictives. La législation des faillites exige, en conséquence, que l'identité du mobilier revendiqué par la femme soit démontrée par un inventaire ou par tout autre acte authentique. Faute de quoi, la femme ne pourra réclamer qu'« les habits et linges nécessaires à son usage » — et non pas même tous les effets de son trousseau, en eût-elle stipulé la reprise dans le contrat. Le syndic les lui remettra, avec l'autorisation du juge-commissaire (art. 560).

On a parfois agité la question de savoir si le Droit commercial édicte une règle différente de celle du Droit civil. Certains auteurs (Thaller) ont soutenu, peut-être à tort, qu'il n'en était rien. Sans doute, l'absence d'un acte authentique empêche la femme de reprendre le mobilier qui lui appartenait au moment du mariage, même à l'égard d'un mari non commerçant. Mais, en ce qui touche le mobilier futur, nous avons vu que l'article 1504 du Code civil permet à la femme, à défaut d'inventaire, d'établir la consistance de ce mobilier, même par commune renommée. La Cour de cassation exige, il est vrai, la production d'un acte authentique, lorsque la femme est en conflit avec les créanciers de la communauté, en cas de déconfiture du mari (Civ., 22 novembre 1886. D. 1887. 1. 113). Mais telle n'est pas là l'hypothèse normale, et l'on peut conjecturer que les arrêts s'inspirent précisément ici de la sévérité des règles commerciales, en vue d'organiser une sorte de Faillite civile.

La question reparaît sous la forme suivante : ne

pouvant reprendre ses propres en nature, la femme est-elle du moins fondée à en exercer la reprise en valeur ? Elle se porte, disent les auteurs, créancière vis-à-vis de la masse, et non plus propriétaire (Lyon-Caen). Elle se fera colloquer, en principe, à titre chirographaire, et la masse est moins fortement lésée que par le prélèvement des meubles eux-mêmes. Mais la jurisprudence est très catégorique pour se prononcer dans le sens le plus défavorable à la femme (Civ., 24 janvier 1906. D. 1908. 1. 353). Là où la preuve de la dot ou d'une succession mobilière résulte seulement d'actes sous seing-privé — et, à plus forte raison, de témoignages — la reprise, même exercée en deniers, doit être déclarée non recevable. Et l'on comprend dans le mot « mobilier » même les sommes d'argent ! Lorsque l'article 560 dit que, faute de preuve authentique, les meubles de la femme sont acquis aux créanciers, son intention est bien de réunir ces meubles à la masse, sans que la femme puisse, en faisant nombre avec les créanciers, réduire le dividende de ceux-ci.

La pratique a souvent réclamé un tempérament à cette exigence, en ce qui concerne les valeurs nominatives. En effet, le transfert au Trésor ou sur les livres d'une Compagnie présente les mêmes garanties que l'enregistrement ou tout autre acte authentique, puisqu'il fait preuve de sa date au regard des tiers. Or, la femme, même justifiant de son inscription antérieure au mariage, n'a pas, vis-à-vis de la faillite, le droit de revendiquer ses valeurs, pour le motif qu'elles n'ont pas été décrites dans un inventaire ou dans le contrat. La règle est la même quant aux biens acquis en remploi : il faut — disposition spéciale au Droit des faillites — que l'origine des deniers consacrés au remploi soit constatée par acte authentique (art. 558).

La même sévérité, eu égard aux dispositions du Droit civil, se retrouve en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme du failli. Elle peut user de cette hypothèque légale, afin de s'indemniser des dettes contractées par son mari. Mais, à la différence de la Loi civile, si elle a payé des dettes pour lui, elle est présumée l'avoir fait des deniers de son mari et elle ne pourra exercer aucune action dans la faillite, sauf preuve du contraire (art. 562). C'est un des aspects de la présomption Mucienne.

La question de la preuve à fournir par la femme, lorsqu'elle produit au titre de créancière hypothécaire, n'est pas moins compliquée. Il faut qu'elle prouve d'abord la consistance de sa dot et de ses reprises, puis leur réception par le mari ; car on sait qu'il n'en doit la restitution que si elles sont entrées en sa possession, ou s'il y a eu négligence de sa part à ne pas se les faire remettre. En ce qui concerne les preuves de la première espèce, la Loi des faillites garde le silence. L'article 560 ne s'occupe que de la preuve à fournir par la femme revendiquante, et non par la femme créancière. Faut-il en conclure à l'application, à l'encontre de celle-ci, du Droit civil des Preuves ? La jurisprudence se décide pour la négative. Elle a maintenu sa sévérité, en décidant que la femme est exclue de toute production à la faillite, tant pour sa dot que pour les valeurs à elles advenues à titre gratuit pendant le mariage, à moins d'un acte authentique en établissant l'origine et le montant — et cela, qu'elle invoque ou non son hypothèque légale (Civ., 24 janvier 1906, précité).

Quant aux preuves du second ordre, tendant à démontrer la réception des valeurs par le mari, le Droit de la faillite contient une disposition particulière qui aggrave celui de la déconfiture. En Droit

civil, la femme peut établir le versement par tous moyens de Preuve. Dans notre matière, si elle prétend à une collocation hypothécaire, il faut qu'elle rapporte une quittance du mari ayant date certaine (art. 563) et établissant qu'il a touché la dot ou autres valeurs. Faute de date certaine, la quittance est tenue pour simulée et l'encaissement pour fictif, ou, du moins, postérieur au dessaisissement — donc inopposable à la masse (art. 443). Cependant, la femme pourra trouver la justification de ses reprises dans la clause du contrat portant que la célébration du mariage vaudra preuve du paiement de la dot, car les parties ont alors imprimé au mariage la valeur d'une quittance (Orléans, 23 février 1910. S. 1912. 2. 273). Enfin, le Droit civil n'exige plus la preuve du versement de la dot, lorsque dix ans se sont écoulés depuis son exigibilité : le mari est présumé l'avoir touchée (art. 1569). Dans la faillite, il cesse d'en être ainsi, et la quittance de l'article 563 du Code de commerce reste exigée à toute époque.

Une dernière présomption à relever dans l'organisation de la faillite est relative au Concordat. On sait que l'article 508 refuse le droit de vote aux créanciers munis d'une sûreté. D'ailleurs, le créancier hypothécaire ou privilégié peut toujours renoncer à la garantie réelle, ce qui lui permettra de voter en qualité de chirographaire. C'est cette renonciation que la Loi présume, en cas de participation au concordat (art. 508). Le votant n'est pas frappé d'une déchéance : il est censé renonçant. Cette idée de renonciation implicite est si conforme à l'esprit du texte, que les créanciers privilégiés qui n'ont pas le pouvoir — soit par eux-mêmes, soit par leur représentant — de renoncer à leurs sûretés, ne peuvent être touchés par la présomption. Tel est le cas

pour la femme du failli mariée sous le régime dotal, incapable, par suite de l'inaliénabilité légale, de renoncer à son hypothèque — ou pour un créancier mineur, dont la sûreté ne peut faire l'objet d'aucune renonciation de la part de son tuteur. Dans ces deux hypothèses, le vote du créancier ou de son mandataire sera nul, et la sûreté sera maintenue.

Enfin, le Droit maritime édicte, à l'encontre du capitaine de navire, une présomption singulièrement lourde (art. 230), qui s'explique fort bien si on la rattache à l'idée de confiance nécessaire. Le capitaine, ne cessant d'être responsable que par la preuve d'obstacles de force majeure, est tenu même du cas fortuit, quand le sinistre a été précédé de quelque faute qui puisse lui être imputée. C'est, d'ailleurs, la faute qui est présumée, et non la force majeure. La preuve de cette dernière est faite par les rapports vérifiés que le capitaine dépose en justice, et qui font foi jusqu'à preuve contraire. Ainsi, en cas d'incendie survenu à bord d'un bâtiment, il y a présomption que l'accident est arrivé par la faute du capitaine — sauf à lui à prouver que l'incendie a été causé par la force majeure (Req., 4 janvier 1832. J. G. D. *Droit marit.*, 338 et 1838) ou, du moins, qu'il n'y a pas eu faute ou négligence commise (Rouen, 3 mai 1844. *Ibid.* 338 et 339). Cette responsabilité cesse, lorsqu'il était absent de son bord pour cause de ses fonctions (Rouen, 13 juin 1848. D. 1850. 5. 407). La présomption est la même en cas d'échouement, de perte ou de déficit des marchandises. Dans tous les cas, le capitaine devra établir qu'il n'y a pas eu défaut de prudence de sa part, mais risque inhérent à la navigation ou vice propre de la chose.

CONCLUSION

Parvenu au terme de cette étude, que nous aurions voulue moins incomplète, il nous est loisible de jeter un coup d'œil d'ensemble sur les données du problème que nous avons esquissé, sans avoir eu l'ambition de le résoudre.

Sans doute, la charge de la Preuve est encore régie, dans notre Droit, par l'article 1315 du Code civil, qui se retrouve sous une forme analogue dans la plupart des codifications européennes. Sans doute, ce texte d'une portée générale — quant au fond, sinon quant à la forme — exprime une idée trop raisonnable, il est le fruit d'une trop longue évolution, il représente une trop légitime conquête du Droit sur la force, pour qu'on puisse songer, dans l'état actuel de notre civilisation juridique, à en méconnaître l'importance et la valeur. Aussi bien n'est-ce pas une retouche que nous avons eu la pensée de lui apporter : nous avons voulu seulement poser un principe d'interprétation de la règle. Le style lapidaire de notre Code, si différent de la prolixité du législateur moderne, supporte et même appelle de semblables commentaires. Oui, c'est au demandeur qu'il incombe aujourd'hui, et qu'il incombera demain encore, d'établir les faits qui servent

de base à sa prétention. Les raisonnements les plus subtils ne prouvent rien contre cette évidence ; mais encore faut-il en découvrir la raison profonde.

Le demandeur doit faire la Preuve, c'est vite dit. Mais pourquoi doit-il faire la Preuve ? Est-ce uniquement parce qu'il est demandeur ? Que non pas. Les nombreux renversements de Preuve que nous avons rencontrés chemin faisant suffisent à en témoigner. La vérité, c'est que, dans toutes les hypothèses de fait et de droit qui ont été examinées, la partie tenue de fournir la Preuve a contre elle une apparence qu'elle cherche à détruire. Or, dans le monde juridique peut-être plus que dans l'autre, il importe de *paraître*. La neutralité imposée au juge en matière civile le réduit à se contenter des preuves fournies par les parties, à les peser, à les comparer ; et ne pouvant plus, comme Bridoye, compter les points de ses dés, il est bien forcé de se fier aux vraisemblances. Le principe de non-intervention fût-il aboli, que le résultat ne serait guère changé — car le juge est un homme, nourri, comme tel, d'apparences et de préjugés, et porté à examiner les choses par leur surface.

Ajoutez à cela la complexité toujours croissante de la vie moderne, l'enchevêtrement des rapports et des obligations qui en résulte, la nécessité d'aller vite, entraînant ce que nous appellerions volontiers, d'un mot barbare, la *commercialisation* du Droit. Si le Droit commercial est plus évolué que l'autre, s'il a la réputation, justifiée ou non, d'être plus équitable, si les décisions des tribunaux consulaires sont, d'une manière générale, moins soumises au recours que celles des tribunaux civils, n'est-ce pas précisément parce que l'apparence y est reine et que les Présomptions s'y sont multipliées ? Sur cette mer houleuse de la vie juridique, où se heur-

tent parfois en tempête les activités et les passions humaines, l'apparence est comme l'aiguille de la boussole : elle indique la route à suivre vers un idéal de justice sociale. Sans doute, il est prudent de corriger ses indications, en tenant compte d'une certaine déclinaison qui varie avec les circonstances. Il n'en reste pas moins vrai qu'elle indique le but, et ce n'est pas là chose à dédaigner. Les Présomptions légales qui se multiplient de jour en jour n'ont pas d'autre cause, et nous avons vu que les tribunaux, par une hardiesse vraiment prétorienne, n'hésitent pas à en créer eux-mêmes de nouvelles, quand le besoin s'en fait sentir.

Ainsi conçue, la Preuve devient une sanction, la rançon d'un droit moins probable à première vue que celui de l'adversaire. Telle est bien la conception de la jurisprudence, et les nombreux renversements de Preuve qu'elle a consacrés ne sont pas autre chose que des sanctions. Si elle consacre, dans les innombrables litiges issus des régimes matrimoniaux, une inégalité entre la femme et le mari, qui est tout à l'avantage de la première ; si, par contre, en matière commerciale, la femme se voit résolument préférer les créanciers de la faillite ; si les arrêts conçoivent, à l'encontre des libéralités, la séculaire défiance du Droit romain ; si, dans les contrats d'extension toute moderne — contrat de travail ou contrat de transport — ils veulent protéger l'individu contre les forces aveugles du machinisme, c'est toujours sur le terrain probatoire, par la voie d'un renversement, à tout le moins d'une aggravation de la Preuve à fournir, que ces idées se manifestent.

Le législateur vient au secours du juge. La loi du 9 avril 1898, celle du 17 mars 1905 sont, sans doute, une application de la théorie doctrinale du Risque ; mais elles sont plus encore une sanction,

sur le terrain de la Preuve, d'une apparence que les perfectionnements de l'outillage avaient rendue singulièrement forte. Il n'est pas jusqu'à la loi du 15 juillet 1914, celle de l'impôt sur le revenu — texte en apparence bien étranger à notre sujet — qui ne vienne étayer nos dires de la façon la plus imprévue. On sait que l'établissement de l'impôt est basé sur la déclaration facultative. Il s'attache à cette déclaration une présomption d'exactitude, et c'est à l'administration des Contributions à apporter la preuve contraire. En cas d'absence de déclaration, le contribuable est imposé d'office, et, s'il veut contredire les prétentions du fisc, c'est à lui de l'établir. On saisit là, sur le vif, le rôle de sanction attaché par le législateur à l'intervention de la Preuve. La Loi et la jurisprudence sont donc bien d'accord sur ce point, et, si le mouvement continue, l'article 1315 risque fort de ne plus exister qu'en façade.

Nous avons eu l'occasion de dire quelle diminution de prestige subit aujourd'hui la théorie classique de l'autonomie de la volonté. Ce désaccord entre le système et les faits était inévitable. Le Droit, étant une des formes essentielles de la vie sociale, est nécessairement le produit du milieu. Sans doute, la volonté de l'individu est loin d'être un élément négligeable de ce milieu, mais il y a aussi une organisation sociale dont il est impossible de faire abstraction. Il faut ajouter à l'élément individuel l'élément social, c'est-à-dire corriger et compléter la théorie de l'autonomie de la volonté, en y ajoutant des éléments qui marquent l'emprise du milieu.

L'idée d'apparence, aidée de la confiance légitime, est précisément l'un de ces éléments. Les applications en sont innombrables : elle permet de construire notamment toute une théorie de la simulation. Nous avons vu comment la contre-lettre ne

pouvait être invoquée à l'encontre des tiers qui l'ignorent. De même, par sa signature, l'assuré déclare avoir adhéré à toutes les clauses que comporte sa police d'assurance. De même, le signataire d'une lettre de change devra payer à l'échéance, bien qu'il ait été victime d'un dol. De même, si un aliéné non interdit a pris part à un acte juridique qui ne porte pas trace de l'insanité de son auteur, les héritiers ne pourront attaquer la validité de cet acte.

De tous ces exemples, il ressort que, ce qui est pris en considération quant à la charge de la Preuve imposée à l'une des parties, ce n'est pas, dit M. Picard, « la volonté interne, la volonté psychologique et sans voiles » : c'est « la volonté regardée à travers le milieu social, c'est-à-dire à travers un ensemble de croyances et de besoins de toute sorte, et à raison des exigences de plus en plus grandes de la présomption de bonne foi ». L'examen de la volonté interne correspond à une époque d'activité économique faible, où les opérations sont lentes et où l'individu est considéré comme le seul instrument de sa fortune juridique. Au contraire, les rapports sociaux se multipliant, et chacun éprouvant de plus en plus le besoin de compter sur les autres, la nécessité se fait sentir de prendre au sérieux les exigences de la bonne foi et le crédit des affaires. Au rebours de l'évolution kantienne, l'évolution juridique va du noumène au phénomène. La Loi négligera donc de plus en plus la volonté interne, pour donner sa confiance à la volonté apparente qui résulte de la déclaration.

Cette évolution n'est pas sans engendrer, à la charge de l'auteur de l'acte, un surcroît de responsabilité et de risque, sans alourdir à son encontre le fardeau de la Preuve. Mais la conscience universelle s'y fait de plus en plus. Autrefois, on redoutait le

Risque, on le regardait comme une entrave apportée à la libre activité de l'individu. Aujourd'hui, on le considère surtout comme une discipline salubre, qui régularise l'effort en le stimulant. « De plus en plus, il faut s'arrêter à l'apparence, dans la mesure de la *confiance légitime* nécessaire au milieu social. »

Quelles seront, sur le terrain de la Preuve, les conséquences de cette transformation ? En matière juridique plus qu'en toute autre, il peut être téméraire de prophétiser. Mais il est, à l'heure actuelle, deux points qui semblent acquis, et grâce auxquels la théorie un peu raide, un peu « style empire », de la charge de la Preuve, telle qu'elle est formulée par l'article 1315, pourra s'adapter aux nécessités de la vie moderne. Le premier est l'interversion croissante de la Preuve ; le second — qui en est la conséquence — l'extension des Présomptions légales.

Grâce à l'interversion de la Preuve, on peut présumer et établir non seulement la faute personnelle et directe, mais aussi la faute indirecte qui consiste en un défaut de surveillance et qui aboutit à la Responsabilité pour autrui. Le Code a fait quelques applications de cette idée, en ce qui concerne la responsabilité du père et du maître, édictée par les articles 1384, 1385 et 1386. La loi de 1898 lui a donné une extension considérable, et il est permis d'augurer qu'elle ne s'arrêtera pas là. En matière de Contrats, le Code avait posé aussi, avec quelque timidité, la théorie des fautes indirectes, résultant du défaut de soin et entraînant la responsabilité du fait d'autrui : c'est l'article 1147, relatif au débiteur de corps certain, c'est l'article 103 du Code de commerce, sur le contrat de transport. On sait quelle expansion la jurisprudence et la Loi ont donnée à cette manifestation importante de l'activité écono-

mique. Tous ces cas de responsabilité du fait d'autrui ne pouvaient, jusqu'à présent, être rattachés à un système général : ils étaient des îlots dans l'égoïsme forcené du Droit, et celui-ci ne pouvait les réprimer directement, sous peine d'agrandir son cercle et de se confondre avec la Morale, pour reprendre la vieille image de Bentham. L'intervention de la Preuve constitue la meilleure des sanctions indirectes, et, à ce titre, elle permet d'humaniser le Droit, d'y introduire à la fois plus de souplesse et d'équité. Elle remplit encore une mission nécessaire, en imposant aux individus sur qui pèse une lourde responsabilité, à raison de la confiance qu'on est tenu de leur accorder — le constructeur d'immeubles, le manufacturier, le transporteur, le capitaine de navire — une vigilance plus attentive dans l'exercice de leurs fonctions. A ce titre, elle fait œuvre de police sociale.

Un corollaire de cette première idée, c'est que l'évolution juridique actuelle s'opère dans le sens de l'extension des Présomptions légales. Il ne faut pas s'en effrayer, y voir un attentat à la liberté de la Preuve. Il semble, au contraire, qu'on se dirige de plus en plus — intrinsèquement parlant — vers cette liberté. On l'a vu, en matière de filiation naturelle, quant à l'interprétation de plus en plus large du commencement de preuve par écrit ; quant à la restriction du domaine de l'inscription de faux, en matière d'actes authentiques, pour ne citer que ces exemples. Ce serait une heureuse et importante influence du Droit pénal sur le Droit civil, et ce ne serait pas la première(1). Mais nous avons vu com-

(1) Une autre conséquence, non moins heureuse, sera peut-être un fléchissement du principe de non-intervention. Nous avons vu comment, en matière d'abus du Droit par exemple, les juges ont été amenés à se reconnaître un pouvoir très large

bien le Droit commercial, dès 1807, avait multiplié les Présomptions, et il ne semble pas qu'il s'en soit mal trouvé.

L'évolution se fera, tantôt par la jurisprudence (nous avons vu qu'elle n'hésitait pas à en créer de toutes pièces, notamment en matière d'accidents de chemin de fer), tantôt, lorsque la réforme sera trop hardie — car le Droit ne fait pas de sauts — au moyen d'une loi nouvelle. Mais il n'est pas téméraire d'affirmer que les déviations et les hardiesses de la jurisprudence prépareront souvent celle-ci, qu'elles en seront le symptôme et l'avant-coureur. La voie est ouverte. Rien n'est plus juste que les Présomptions de Preuve, lorsque celle-ci est à peu près impossible à administrer et que le fait en question est d'une telle généralité, d'une telle vraisemblance, qu'il s'impose à l'esprit. Par elles, la Loi profite de l'expérience accumulée des générations antérieures et la cristallise. L'idéal serait que l'on réservât la preuve contraire. Il n'y aurait là nul inconvénient pratique, car la difficulté de cette contre-preuve la rendrait singulièrement rare ; et, à la supposer administrée, elle serait d'un effet salulaire sur l'esprit du juge, en lui rappelant que réalité et apparence sont tout de même deux choses distinctes, que l'une ne couvre pas forcément l'autre, et qu'il ne faut point voler aveuglément à la seconde, comme les oiseaux aux raisins de Zeuxis.

d'appréciation. De l'appréciation à l'intervention, au moins indirecte, il n'y a qu'un pas. L'enquête officieuse, qui est la pratique courante du Tribunal de Commerce de la Seine, semble appelée à conquérir de nouvelles positions. Ce n'est là qu'une évolution normale de la procédure : n'oublions pas qu'elle a commencé par être un duel oral des plaideurs, sous l'œil indifférent du juge, lié par la formule comme le dieu l'était par le rite. Toute l'évolution se résume en une intervention croissante du pouvoir social.

Par là, le principe intangible et éminemment rationnel, que c'est au demandeur à faire la Preuve, conserve toute sa valeur. Il ne faut point lui faire subir le sort des poètes, dans la République de Platon. Mais cette valeur doit être relative et non absolue — ce qui est conforme à la logique des choses et rappelle le législateur, selon le vœu de Leroy-Beaulieu, à une salubre modestie.

VU :

Lyon, le 22 mars 1921

Le Président de la Thèse,

R. GARRAUD.

Vu :

Lyon, le 4 avril 1921

Le Doyen de la Faculté,

L. JOSSERAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 5 avril 1921,

Le Recteur de l'Académie;

Président du Conseil de l'Université.

Pour le Recteur et par délégation :

Le Vice-Président du Conseil de l'Université,

L. JOSSERAND.

